Die

Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Chikane.

Inaugural - Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

von

Rudolf Goldenberg

Referendar.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1903.

Meinen lieben Eltern.

Literatur.

1. Arndts, Pandekten.
2. Arndts, in der Zeitschrift für Zivilr. und Prozess N. F. Bd. 3. (1847)
3. Badische Rechtspraxis, 67. Jahrg. No. 24.
4. Bauke, Rechtswissenschaftliche Untersuchungen, Berlin 1897.
5. Bekker, Pandekten.
6. Blümner, die Lehre vom böswilligen Rechtsmissbrauch (Chikane) Rechts- und staatswissenschaftliche Studien Heft 3, Berlin 1900.
7. Böcking, Pandekten.
8. Crome, System des neuen bürgerlichen Rechts, Tübingen I. (1900) II. (1902).
9. Dernburg, Pandekten, 5. Auflage, Berlin 1896.
10. Dernburg, Bürgerliches Recht, Halle 1902.
11. Denkschrift zum Entwurf eines BGB. (Ausg. v. Guttentag).
12. Eck, Sammlung von Vorträgen zum Entwurf eines BGB. Berlin 1896.
13. Endemann, Einführung in das Studium des BGB., Aufl. 3. 1897 und 98.

14. Eneccerus u. Lehmann: Das bürgerliche Recht, Marburg 1896.
15. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 48.
16. Fuld in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, Jg. 1863. No. 28.
17. Giercke, Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht. Leipzig 1889.
18. Goldmann und Lilienthal. Das BGB. Berlin 1901.
19. Gutachtl. Äusserungen (amtl. Sammlung).
20. Hachenburg, das BGB. für das Deutsche Reich, Vorträge. Mannheim 1899.
21. Haidlen, BGB. nebst Einführungsgesetzen.
22. Hellmann, Vorträge über das BGB. Freiburg 1897.
23. Hölder, Kommentar zum BGB. Band I. München 1900.
24. Hommel, Rhapsodia quaestionum in foro quotidie advenientium. Vol. 1—2. 1783.
25. von Jacubezky, Zur Frage des allgemeinen Chikaneverbots, Gruchot, Jahrg. 40.
26. Kierulff, Theorie.
27. Knuth, Ueber die sogen. Chikane nach gem. Recht und BGB., Dissertation Königsberg 1900.
28. Kuhlenbeck, BGB. Berlin 1898.
29. Lenel, Über Ursprung und Wirkung der Exzeptionen.
30. Leonhard, Der allgem. Teil des BGB. in seinem Einflusse auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.

31. Matthiass, Lehrbuch des BGB. Berlin 1899.
32. Neumann, Handausgabe des BGB. Berlin 1900.
33. Motive zu dem Entwurf eines BGB. (Amtliche Sammlung).
34. Planck, BGB. Berlin 1898.
35. Protokolle der Bundesrats-Kommissionen, Ausgabe von Guttentag.
36. Protokolle der Reichstags-Kommissionen, Ausgabe von Guttentag.
37. Puchta, Pandekten.
38. Ramdohr, Rechtsmissbrauch, I. und II. bei Gruchot, Jahrg. 46.
39. Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs zum BGB.
40. Rechtsprechung der OLG. auf dem Gebiete des Zivilrechts. Band 3 und 4.
41. Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen. Berlin 1899.
42. Regelsberger, Pandekten.
43. Rewoldt, Das Verbot der Chikane bei Gruchot. Jahrg. 26.
44. Scherer, Allgem. Teil des BGB. Erlangen 1898.
45. Seuffert, Archiv, Entscheidungen der Obersten Gerichte. 56. Band. Hefte 7 und 10.
46. Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung. Jahrgang 63 No. 28.
47. Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht.
48. Stammler, Recht der Schuldverhältnisse.
49. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878.
50. Verhandlungen des Königl. Landes - Oekonomie-Kollegiums, 3. Session der 4. Sitzungsperiode.

51. Wächter, Würtembergisches Privatrecht.
52. Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen zum BGB. Berlin 1903.
53. Wenderoth, Die sog. Chikane nach röm. Recht und BGB., Diss. St. Johann a. d. Saar 1898.
54. Wendt, Pandekten.
55. Weyl, Vorträge über das BGB. für Praktiker. München 1898.
56. Windscheid, Pandekten I 1891.
57. Unger, System des österr. allgem. Privatrechts. Leipzig 1876.
58. Zitelmann, Das Recht des BGB. Leipzig 1900.

BGB. bedeutet Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

Soweit nicht Besonderes bemerkt ist, beziehen sich die Zitate auf die jeweilige letzte Ausgabe.

Inhalts-Verzeichnis.

§ 1. Einleitung.
§ 2. Widerspruch zwischen Recht und Sitte, Missbrauch eines Rechts und Berechtigung eines Verbots desselben.
§ 3. Allgemeiner Begriff der Chikane.
§ 4. Standpunkt der Entwürfe zum BGB. zur Chikane.
A. Entwurf I.
B. Entwurf II.
C. Entwurf III.
§ 5. Stellung des BGB. zur Chikane.
A. Allgemeines.
B. Vorbeugung der Chikane durch prinzipielle Begrenzung der Rechte.
C. Vorbeugung der Chikane durch eventuelle Begrenzung der Rechte.
D. Das spezielle Chikaneverbot des § 226 BGB.
§ 6. Ueber die Ausübung der Rechte.
§ 7. Die Anwendung des § 226 BGB.
§ 8. Schluss.

Einleitung.

§ 1.

Recht im subjektiven, wie im objektiven Sinne bezweckt den Schutz menschlicher Interessen. Es verwirklicht diesen Schutz, indem es dem Berechtigten die Willensmacht verleiht, seinen Interessen Geltung zu verschaffen. Wer also ein Recht hat, ist berechtigt, es auszuüben, denn die Ausübung[1] ist Zweck des Rechtes im subjektiven Sinne; sein Wesen ist, dass in den durch den Inhalt des Rechts bestimmten Grenzen der Wille des Berechtigten der massgebende sei.

In der Rechtsordnung gibt es nun Vorschriften, welche die Ausübung eines Rechts im subjektiven Sinne nicht unter allen Umständen, nicht in beliebig weitem Masse zulassen, Vorschriften, durch die die Ausübung des Rechts im subjektiven Sinne gehemmt ist. Beispiele gibt es mannigfaltige, einmal gehören hierher Rechtsverhältnisse, in denen sich mehrere vollwertig bestehende Rechte nicht verwirklichen lassen, nämlich die Fälle, in denen die Rechte kollidieren:

1) Der Begriff der Rechtsausübung wird später unter § 6 erörtert werden.

z. B. A hat eine Servitut an dem Grundstück des B. Das Eigentumsrecht des A besteht seinem ganzen Umfange nach, das Recht selbst ist nicht eingeschränkt,[1] kann B doch beispielsweise sein Grundstück ohne Einwilligung des A verkaufen, auf ihm wirtschaften, wie er will; aber in der Ausübung seines Eigentumsrechts ist B durch die auf seinem Grundstück lastende Servitut des A beschränkt. — Ein anderer Fall: Jeder Gläubiger hat das Recht auf volle Befriedigung in Höhe seiner Forderung. Gerät der Schuldner in Konkurs, so wird das Recht auf Befriedigung nicht eingeschränkt, wohl aber die Ausübung, da jeder Gläubiger nur verhältnismässig befriedigt wird.[2]

Andererseits liegt ein wichtiger Hemmungsgrund für die Ausübung eines Rechts in dem Einfluss der Zeit auf die Rechtsverhältnisse, in der Verjährung. Wo würde man hinkommen, wären die Ansprüche aus allen Rechten unverjährbar? Nicht aber die Rechte selbst, sondern nur die Ansprüche verjähren (§ 194

1) cf. Blümner S. 8: „In diesen Fällen" (wenn sich mehrere nebeneinander bestehende Rechte nicht verwirklichen lassen, Eigentum und Servitut, Verkauf derselben Sachen an mehrere, Konkursforderungen) „tritt die rein physische Unmöglichkeit der Rechtsausübung hemmend entgegen, da die Ausübung des einen Rechts die Ausübung des andern teilweise unmöglich macht". Ist hier das Recht selbst eingeschränkt? Keineswegs! Dies sagt ja schon der Wortlaut. Nicht das Recht, nur seine Ausübung ist trotz Bestehens des Rechts in seinem vollen Umfange eingeschränkt. „Nur dauernder Untergang der Ausübungsmöglichkeit ist Untergang des Rechts selbst". Regelsberger Pand. I S. 229. Ist durch die Servitut die Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts dauernd oder auch nur zeitweise unmöglich? Niemals.

2) Blümner S. 8, 9.

Abs. 1 BGB.) Eben weil, wie erwähnt, der Zweck der Rechte in ihrer Ausübung besteht, sollen sie innerhalb der vom Gesetz bestimmten Zeit, in der die Ansprüche verjähren, geltend gemacht werden. Die Existenzberechtigung des Instituts der Verjährung findet ihren Grund in dem Gedanken, dass, wenn ein Anspruch längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht worden ist, eine Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass er entweder überhaupt nicht zur Entstehung gelangt, oder dass er erloschen ist. „Dem Verpflichteten soll in diesem Fall nicht zugemutet werden, sich auf die Erörterung der Frage einzulassen, ob der Anspruch bestehe."[1] Klage ich z. B. nach 40 Jahren auf Rückgabe eines Darlehns, und macht Beklagter den Einwand der Verjährung geltend, so werde ich mit der erhobenen Klage abgewiesen. Mein Rückforderungsrecht besteht nach wie vor, und, obwohl es besteht, kann ich es aus den erwähnten Gründen nicht ausüben.

Diese Beispiele mögen genügen, um zu zeigen, dass es im Rechtsleben durchaus keine ungewöhnliche Erscheinung ist, dass, obwohl ein Recht besteht, der zur Ausübung Berechtigte eben in der Ausübung beschränkt bezw. an ihr gehindert ist. Daher ist das Gesetz gezwungen, durch Normierung bestimmter Rechtssätze über Kollision der Rechte, über Verjährung, um bei den angeführten Beispielen zu bleiben, Stellung zu nehmen.

---

1) Planck I Vorbemerkung 1 zum 5. Abschnitt d. allgem. Teils S. 243.

§ 2.

Widerspruch zwischen Recht und Sitte bezw. Moral, Missbrauch eines Rechts und Berechtigung eines Verbots desselben.

In den vorerwähnten Fällen gab es für das Recht die Möglichkeit der Aufstellung bestimmter Rechtsnormen. Eine solche Möglichkeit bietet sich aber nur in beschränktem Masse, wo es sich um Widersprüche zwischen Recht, Sitte und Moral handelt. Der Grund hierfür liegt in der Natur dieser Begriffe selbst, in ihrer Dehnbarkeit, in den verschiedenen Auffassungen der Volkskreise über sie. Es ist wohl nicht zu viel gegesagt, wenn wir behaupten, dass ganze Gesellschaftsschichten, Stände, Volksklassen sich in Widerspruch befnden zu dem, was die Rechtsordnung vorschreibt, und dem folgen, was die Standesehre und -Anschauung von Moral u. s. w. gebietet; dennoch darf im allgemeinen Interesse, das Recht [1] nur solchen Rechten Anerkennung verleihen, welche mit der Sittlichkeit u. s. w. nicht in Zwiespalt liegen.

Diesen Widerspruch gänzlich zu beseitigen, ist ein Ding der Unmöglichkeit, denn wie eine Rechtsordnung, die allen Kreisen eines Volkes in gleicher Weise gerecht wird, nicht denkbar, keinesfalls durchührbar ist, so hat das Gesetz garnicht die Möglichkeit, den Inhalt der Moral zu seinem Inhalt zu erheben, denn, in Bezug auf Sittlichkeit ist der Massstab im höchsten edelsten Sinne die Liebe.[2] Die Verwirklichung ihrer Forderung aber ist bei der Ver-

1) Planck I S. 276.
2) Planck I S. 276.

schiedenheit der menschlichen Gesellschaft an sich schon ausgeschlossen; es bleibt vielmehr dem Gewissen eines Jeden überlassen, von der Ausübung auch des klarsten subjektiven Rechts unter Umständen, d. h. eben weil er es mit seinem Gewissen nicht für vereinbar hält, Abstand zu nehmen. Die Forderung des Gewissens jedes Einzelnen zum Rechtsinhalt zu zu erheben, ist nicht möglich, kann und darf daher auch nicht die Aufgabe der Rechtsordnung sein, diese liegt vielmehr in der Einschränkung und Abschwächung der Gegensätze zwischen Recht einerseits, Sitte und Sittlichkeit andererseits, und sie erreicht dies dadurch, dass sie, soweit es möglich ist, die Normen von der Anerkennung der subjektiven Rechte mit den Geboten der Sitte u. s. w. in Einklang bringt. Die Schwierigkeit aber liegt in der Begrenzung der subjektiven Rechte; dass eine Grenzfestsetzung, welche nirgends in einen Widerspruch zu den Geboten z. B. der Sittlichkeit tritt, nicht denkbar ist, ergibt sich mit dem bisher Gesagten. Das Recht kennt nur feste Normen, Moral u. s. w. sind weite Begriffe; andererseits kann aber nicht das Recht für die unzähligen verschiedenen Fälle des Rechtsverkehrs eines Volkes unter einander einzelne Normen aufstellen. Die Brücke zwischen Recht und Moral bilden gewisse allgemeine, gleichsam vermittelnde Rechtssätze, so hauptsächlich die Berücksichtigung von Treu und Glauben, die Vorschriften über die gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfte u. a. m. Das Recht richtet sich also in der Weise nach der Moral, dass es durch Aufstellung dieser allgemeinen Vorschriften die Parteien zwingt, auf die

Forderung der Moral Rücksicht zu nehmen, da es Verträge, die sich sonst zwar innerhalb seiner Norm halten, der Moral aber widersprechen, nicht anerkennt.[1] Nun giebt es aber Fälle der Rechtsausübung, in denen, obwohl das Recht selbst sich keineswegs mit der Moral in Kollision befindet, sich doch die Art und Weise seiner Rechtsausübung als mit der Moral im Widerspruch befindlich darstellt. So liegt es, wenn der zur Ausübung Berechtigte in der alleinigen Absicht von seiner Befugnis Gebrauch macht, den zur Duldung der Ausübung Verpflichteten nur den Schaden, nur die Nachteile, die sich an die Rechtsausübung knüpfen, empfinden zu lassen; wenn nur dies sein Zweck ist, nicht der, um sich die ihm zustehenden, aus dem Recht sich ergebenden Ansprüche zu verwirklichen, also sich die Vorteile zu sichern, d. h. wenn er die Ausübung seines Rechtes „missbraucht", m. a. W. sein Recht zu Zwecken ausnützt, welche das Gegenteil von dem, was das subjektive Recht und die Rechtsordnung anstreben, darstellt; wenn der Zweck der Rechtsausübung nicht der sich an die Ausübung knüpfende Vorteil, sondern der Schaden des Andern ist.

Hierbei ist zu beachten, dass die Ausübuug fast jeden Rechts der andern Partei Schaden bringt; doch handelt es sich dort um ökonomischen oder ideellen Schaden, welcher die Verpflichtung zum Schadensersatz ausschliesst; er ist so zu sagen die natürliche Folge der Rechtsausübung und ist Recht. Ist aber lediglich der Schaden das Beabsichtigte, liegt also Missbrauch einer Rechtsausübung vor, — wobei das

1) cf. Blümner S. 10.

Unsittliche nicht in dem Nachteil selbst, sondern in der Art und Weise der Herbeiführung desselben auf Grund eines anerkannten Rechtes liegt, — so entsteht die Frage, ob das Recht hiergegen Front machen soll oder nicht.

Dass ein Verbot der missbräuchlichen Rechtsausübung — auf den Ausdruck wird später zurückzukommen sein — juristisch an sich wohl berechtigt ist, ergibt sich eigentlich aus dem Ausdruck „missbräuchlich" von selbst. Die Rechtfertigung liegt darin, dass das Recht eine Rechtsausübung nicht gestatten kann, welche den Zwecken ihrer selbst entgegen ist. Es ist natürlich, dass sie dieser ebenso entgegenzutreten sucht, wie sie in andern Fällen den Aufgaben des Rechts — dem Schutz menschlicher Interessen — zuwiderlaufenden Massnahmen steuert. Denn das Bestreben, einer sich mit den Zwecken einer Einrichtung in Widerspruch setzenden Anwendung dieser Einrichtung entgegenzutreten, finden wir auch auf anderen Gebieten des Privatrechts. Treffend führt Ramdohr[1] den § 43 BGB. als Beispiel an, welcher bestimmt, dass einem Vereine, dessen Zweck nach der Satzung nicht auf einen wirtschaftlichen Betrieb gerichtet ist, die Rechtsfähigkeit entzogen werden könne, wenn er solche Zwecke verfolgt. Der Grund für die juristische Rechtfertigung dieses Satzes, sagt Ramdohr eod., liegt ausschliesslich in der Erwägung, dass die günsten Stellung, welche dem Vereine durch die Eintragung in das Vereinsregister zugänglich gemacht worden sei, nicht von seinen Mitgliedern zu Zwecken missbraucht

1) Ramdohr S. 588.

werde, die ausserhalb derjenigen Ziele liegen, zu deren Erreichung der Verein ins Leben gerufen worden sei. Daraus ergibt sich, dass das Gesetz dem Berechtigten in seiner Willensmacht Schranken setzen muss, weil es nicht dulden darf, dass der Berechtigte durch die Art und Weise der Betätigung seiner Willensmacht, sich zu dem vom Recht Gewollten in direkten Widerspruch setzt, das Gesetz in seinem schwachen Punkte fasst und die verliehene Macht in unzulässiger, missbräuchlicher Weise verwendet. Das muss das Gesetz für unzulässig erklären. Der juristische Grund also, weshalb das Gesetz der unzulässigen Betätigung einer ihm vom Recht garantierten Willensmacht entgegentritt, ist kurz gesagt die rechtswidrige Zweckbestimmung bei Ausübung dieses Rechts seitens des Berechtigten.[1]

Nach dem Gesagten muss es wunderbar erscheinen, wenn man vielfach versucht hat, einem Verbote missbräuchlicher Rechtsausübung jegliche Berechtigung abzusprechen. Rewoldt[2] sagt gleich im Anfang

1) cf. über die Berechtigung eines Chikaneverbots auch Endemann I S. 358. „Die Rechtsordnung unterlässt es nicht, bestimmte Schranken auch nach dieser Richtung hin" (der Grundsatz: qui suo jure utitur nemini facit injuriam sei ein halb entschuldigender Masstab)" aufzurichten unter dem Gesichtspunkt, dass dem Rechtsmissbrauch gewehrt werden muss; und die folgenden Ausführungen.

cf. auch Banke S. 123, welcher ein Chikaneverbot innerhalb der von ihm gezogenen Grenzen für empfehlenswert hält.

cf. Rehbein S. 338,1: „Die böswillige Rechtsausübung, Chikane, kann von keinem Rechte geduldet werden, das auf dem idealen Standpunkt steht, dass summum jus nicht summa injuria werden darf und dass der formale Rechtsschutz nicht dem dienen darf, was materiell Unrecht ist, weil es dem sittlichen Gehalt des Rechts widerspricht". cf. auch Andere.

2) Rewoldt S. 677.

seiner Erörterungen über das Verbot der Chikane: er werde versuchen, die Unhaltbarkeit des Verbotes darzutun und endet mit den Worten:[1] „Ein Verbot der Chikane würde sich nur dann rechtfertigen lassen, wenn sich in der Chikane eine Rechtsverletzung finden liesse. Diese ist aber, mag man die Chikane im weiteren Sinne (Rechtsausübung in der Absicht zu schaden) oder im engeren Sinne (ohne eigenes Interesse) fassen, nicht vorhanden. Mithin muss man das Verbot der Chikane aus der Rechtswissenschaft streichen. Das Verbot beruht auf einer Verkennung der Grenzen zwischen Moral und Recht. Die Moral wird jegliche Chikane verdammen, aber das Recht darf nur dann mit seiner zwingenden Macht eintreten, wenn ein Recht verletzt ist". In letzterem irrt Rewoldt, wie aus dem Vorhergenden und Folgenden sich schon ergibt bezw. sich noch ergeben wird; sein Standpunkt aber findet darin seine Erklärung, dass er von vornherein davon ausging, einem Verbot der Chikane jede Berechtigung abzusprechen. Dass man auf diesem Wege zur Ablehnung der Berechtigung eines Verbots missbräuchlicher Rechtsausübung gelangt, ist nicht mehr wie erklärlich. Dieser Weg aber ist ein falscher. Im Gegenteil, man muss von der Untersuchung seinen Ausgangspunkt nehmen, ob es nicht juristisch und logisch haltbar erscheint, die Ausübung der Rechte im subjektiven Sinne nach gewissen Richtungen zu beschränken. Wir glauben in dem vorher Gesagten die Berechtigung hierfür klargelegt zu haben.

1) Rewoldt S. 702.
2) Rewoldt S. 682.

§ 3.

Allgemeiner Begriff der Chikane.

Ehe wir uns dem allgemeinen Begriff der Chikane zuwenden, möge Folgendes berücksichtigt werden: Bei der Betrachtung, in welcher Weise das BGB. zur sogenannten Chikane Stellung nimmt, ist es naturgemäss, dass man zunächst den allgemein als „Chikaneparagraphen" bezeichneten § 226 BGB. ins Auge fasst. Wie später zu erörtern sein wird, tritt dieser jedoch nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen der Chikane entgegen. Da wir uns aber zur Aufgabe gesetzt haben, ganz allgemein zu betrachten, welche Stellung das BGB. zur Chikane einnimmt, so würden wir einen Fehlgriff tun, diese ganz bestimmt begrenzten Voraussetzungen bei der Erörterung des allgemeinen Begriffs der Chikane zu Grunde zu legen. Deren Voraussetzungen sind naturgemäss, wie sich in folgendem Abschnitt zeigen wird, erheblich weiter gehend, wie die des eng gefassten § 226 BGB. Es war deshalb notwendig, diese spezielle Vorschrift später einer abgesonderten Betrachtung zu unterziehen. Es sei deshalb nochmals darauf hingewiesen, dass sich die Voraussetzungen derselben mit denen des allgemeinen Chikanebegriffs keineswegs decken. Da nun das BGB. sich nicht darauf beschränkt, einzig durch das Verbot des § 226 der Chikane entgegenzutreten sondern ihr in einer ganzen Reihe von Vorschriften zu begegnen versucht, ihr „vorbeugt", so ist es zunächst erforderlich, festzustellen, was man im allgemeinen unter der Chikane, der das BGB. vorbeugen will, zu verstehen hat.

Die Begrenzung des allgemeinen Chikanebegriffes ist oft verwendet, keineswegs aber verstehen alle Schriftsteller unter Chikane dasselbe.

Rewoldt[1] will Chikane im weiteren und engeren Sinne unterscheiden, und er rechnet unter erstere alles, was vom Standpunkt der Moral verwerflich erscheine, was man eben im gemeinen Sprauchgebrauch als Chikane bezeichnet. Es würde uns zu weit führen, uns auf die umfangreiche, unseres Erachtens aber zwecklose Einteilung[2] Rewoldts einzulassen. Die Chikane im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs d. i. diejenige, welche der Moral verwerflich erscheint,[3] kann uns hier nicht interessieren. Nach Rewoldt[4] sind unter den engern Begriff der Chikane folgende Fälle zu rechnen:

1. Rechtsausübung ohne subjektives und ohne objektives Interesse;

2. Rechtsausübung mit subjektivem, jedoch ohne objektives Interesse, und

3. umgekehrt, und zwar komme in allen Fällen hinzu, dass die Rechtsausübung zwecks und mit Vermögensschädigung oder Belästigung oder Entziehung einer Annehmlichkeit erfolge. Eine weitere Begründung, weshalb nach Rewoldt in den erwähnten drei Fällen Chikane im engern Sinne vorliegen soll, gibt er nicht. Uns ist diese Einteilung nicht verständlich. Weil Rewoldt selbst keine Begründung derselben gibt, so

1) Rewoldt S. 677.
1) Bauke S. 10.
2) 3) Rewoldt S. 678.

erübrigte sich bei ihrer Zwecklosigkeit auch eine nähere Ausführung derselben.

Gegen diese Unterscheidung wendet sich Bauke.[1] Er hält sie nicht für sehr praktisch. Denn für den Juristen sei es eine bekannte Tatsache, dass verwandte Rechtsgebiete sich nicht vollkommen scharf von einander abgrenzen liessen, sondern oft in einander flössen. Man könne dann nur sagen, dass mehr die Eigentümlichkeiten von dem einen als von dem andern vorliegen. War die Schadenfreude das ausschlaggebende Moment, so liege immer Chikane vor, sofern der angerichtete Schaden in keinem Verhältnis zu dem erstrebten Nutzen stände.[2] Baukes Kriterium also ist die Schadenfreude mit der letzterwähnten Einschränkung. Auch dies trifft meines Erachtens nicht den Kernpunkt. Sicherlich ist die Schadenfreude, also ein innerer Vorgang, dasjenige Moment, welches den Betreffenden bewegt, sein Recht zur Chikane auszuüben. Dieses Moment aber kommt juristisch nicht in Betracht, denn auf Seelenvorgänge nimmt naturgemäss das Recht keine Rücksicht. Das Wesentliche für die Chikane ist der Zweck, nämlich die Schadenszufügung. Ein Beispiel möge dies erläutern: Ich leite den Bach, welcher auf meinem Grundstück hart an der Grenze des Grundstücks meines Nachbarn fliesst, und dessen Wasser die Wiese des Nachbarn tränkt, auf meinem Grundstück n ein anderes Bett, um auf diese Weise absichtlich seiner Wiese die Feuchtigkeit zu entziehen. Die Absicht ist also die Trockenlegung der Wiese; aus ihr

---

4) Bauke S. 10.

folgt der Zweck, nämlich die Schädigung des Nachbarn; nur letzterer, nicht Motiv und Absicht, fällt für das Recht ins Gewicht.

Nach Knuth[1] erscheint die Chikane in zwei Formen: Man habe unter Chikane diejenige Rechtsausübung zu verstehen, welche die Schädigung eines Andern bezweckt und zwar äussere sie sich folgendermassen:

1. im weiteren Umfange als Ausübung eines Rechts, um einem Andern zu schaden (wobei der Handelnde immerhin noch einiges Interesse an der Ausübung haben könne),
2. im engeren Umfange als Ausübung eines Rechts ohne eigenes Interesse, lediglich zu dem Zweck einem Andern zu schaden;

ungefähr also ist das dasselbe, was Rewoldt unter Chikane im engeren und weiteren Sinne versteht. Diese Unterscheidung birgt, wie Knuth a. a. O. richtig ausführt,[2] einen Widerspruch in sich und lässt die Gliederung des Begriffes in die angegebenen Erscheinungsformen überflüssig erscheinen. Jeder, der ein Recht ausübt, übt es im eigenen Interesse aus, sonst würde er es ja garnicht ausüben. Selbst wenn die Rechtsausübung für ihn ohne Vorteil ist, so ist jedenfalls von dem Fehlen eines Interesses nicht die Rede; das Interesse ist eben der Zweck, den Andern zu schädigen, das ist „eigenes Interesse“[3]. Gleichgültig ist u. E.

---

1) Knuth S. 2.

1) Derselben Ansicht Blümner S. 134 f.

1) cf. Hommel obs. 520 über dieselbe Ansicht. Blümner S. 134, Knuth S 2.

auch, ob der Ausübende überhaupt irgend einen Vorteil durch seine Rechtsausübung hat; Fälle, wo er überhaupt keinen Vorteil hat, sind jedenfalls denkbar, z. B. ich baue eine Mauer, welche meinem Nachbar das Licht für seine Pflanzen wegnimmt, für mich keinen Vorteil hat, sondern sogar noch meinen Garten verdunkelt. Hier habe ich selbst keinen Vorteil von meiner Rechtsausübung. Blümner[1] spricht hier treffend von „ökonomischen" Interessen.[2] Dass dieser Ausdruck[3] aber nur für Vermögensrechte Platz greifen soll, erscheint uns nicht zutreffend. Ob ein solches ökonomisches Interesse vorliegt oder nicht, ist in der Tat gleichgültig. Die Fälle, wo der zur Ausübung Berechtigte ohne eigenen ökonomischen Vorteil sein Recht ausübt, dürften recht selten sein; irgend ein, wenn auch der kleinste Vorteil wird mit der Ausübung in den meisten Fällen verbunden sein. Wenn aber trotzdem der Ausübende sich auch einiger Vorteile bei der Ausübung erfreut, der Zweck aber doch die Schädigung des Andern ist, so wird niemand daran zweifeln, dass chikanöse Rechtsausübung vorliegt; allerdings wird das Recht nicht lediglich zur Chikane ausgeübt. Nicht erforderlich ist zum Begriff der Chikane, dass, wie Rewoldt[4] dies annimmt, der Zweck erreicht wird.

1) Blümner S. 134, 135.

2) Wenn Rewoldt S. 678 die Chikane in der oben angegebenen Weise zergliedert, so ist das überflüssig; in der Rechtsausübung liegt prinzipaliter immer die Betätigung des subjektiven Interesses, in zweiter Linie vielleicht auch eines objektiven Interesses. Eine Unterscheidung hiernach ist aber nicht gerechtfertigt.

3) Blümner S. 135 Anm. 1.

4) Rewoldt S. 578.

Richtig ist, dass der Chikanierte ohne Zweckerreichung von der Chikane nichts spürt; aber darauf kommt es auch nicht an; wie wir sahen, ist das gegen die Rechtsordnung Verstossende, der „Zweck“ zu schaden, worauf das Recht reagiert. Charakteristikum der Chikane ist Rechtsausübung mit rechtswidriger Zweckbestimmung.[1]

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass man unter Chikane die Ausübung eines Rechts im subjektiven Sinne mit der Absicht, einem Andern zu schaden, zu verstehen hat, m. a. W. dass Voraussetzungen der chikanösen Rechtsausübung sind

1. die Ausübung eines Rechts im subjektiven Sinne,
2. der damit verbundene Zweck, einem Andern zu schaden.

Zu bemerken ist, dass unter dem Ausdruck „schaden“ in Bezug auf den von uns normierten Begriff „Chikane“ nicht nur eine Vermögensschädigung zu verstehen ist, sondern auch sonstige Nachteile, Unannehmlichkeiten, Unbequemlichkeiten grösseren Umfangs fallen hierunter.[2] Anders ist es natürlich für den speziellen Fall des § 226 BGB., denn hier greife das Gesetz nur denjenigen Fall des Rechtsmissbrauches heraus, welcher sich gegen den Zweck des Gesetzes selbst richte, nämlich denjenigen, welcher eine Berechtigung anstatt zur Förderung menschlicher Interessen, wozu sie verliehen sei, lediglich zur Schädigung menschlicher Interessen ausnutze.[3]

---

1) Ramdohr S. 589.
2) cf. Blümner S. 136. Goldmann-Lilienthal S. 276 Anm. 4
3) Ramdohr S. 589. Hachenburg S. 71.

Wir haben bisher für den allgemeinen Begriff Chikane uns der Ausdrücke „chikanöse oder missbräuchliche Rechtsausübung“ bedient. Es sei der Kürze wegen gestattet, den Ausdruck „Chikane“ in Zukunft schlechthin zu gebrauchen. Was wir darunter verstehen, wurde oben gesagt: im Übrigen entspricht er, zugegeben, dass er nicht korrekt ist, wie schon erwähnt, dem Usus der Juristen, bezeichnet man doch beispielsweise die Vorschrift des § 226 BGB. kurzweg als den „Chikaneparagraphen.“ Im Gesetz findet sich allerdings der Ausdruck Chikane nirgend. Weil aber die Einzeldarsteller über dieselbe in ihrer Ausdrucksweise schwanken, so bedarf letzterer einer kurzen Erörterung.

Endemann[1] bezeichnet die Chikane als „bösen“ Rechtsmissbrauch. Dass die Chikane sich als Rechtsmissbrauch darstellt, wurde bereits oben erwähnt. An sich ist jeder Rechtsmissbrauch böse und man könnte in der angegebenen Bezeichnung einen Pleonasmus erblicken. Ein Rechtsmissbrauch liegt aber zweifellos auch dann vor, wenn Jemand ein Recht z. B. zur Umgehung eines Gesetzes missbraucht; allerdings kann nicht bestritten werden, dass auch ein solches Tun böse genannt werden muss. „Böse“ ist u. E. nicht recht treffend; „böswillig“ ein Ausdruck, welchen Blümner[2] anwendet, kommt dem erstrebten Ziele näher, in ihm blickt am ehesten der Schädigungszweck durch, wir geben aber zu, dass auch diese Ausdrucksweise zu Missdeutungen Anlass geben kann, sie scheint uns aber

1) Endemann I § 85.
2) Blümner S. 12

die treffendste Bezeichnung für Chikane zu sein; in Kürze liesse sich dieselbe jedenfalls nicht besser charakterisieren.[1]

Ramdohr[2] will für die Chikane (und zwar lediglich für die unter § 226 BGB. fallende) den Ausdruck „missbräuchliche Rechtsausübung" setzen. Hierunter wäre aber auch der ersterwähnte Fall des Rechtsmissbrauchs durch Umgehung eines Verbotsgesetzes zu eigenen Zwecken zu subsumieren, daher erscheint auch dieser Ausdruck, namentlich in Bezug auf den eng gefassten § 226 BGB ungenau und unzutreffend. Wenn Ramdohr eod. den Endemann'schen Ausdruck „böse" rügt, so liegt das daran, dass er nur den Rechtsmissbrauch des § 226 BGB. behandelt, während Endemann, wenn wir ihn recht verstehen, untersucht, ob überhaupt der chikanösen Rechtsausübung, auch in den Fällen, wo sie sich vom moralischen Standpunkt aus betrachtet als Missbrauch darstellt, aber nicht unter § 226 BGB. fällt, entgegenzutreten sei. Ramdohr eod. gibt Folgendes zur Beachtung: Rechte lassen sich zu verschiedenen Zwecken verwenden; nicht nötig ist, dass lediglich die Schädigung eines Anderen beabsichtigt ist: In der Art der Verwendung kann der Ausübende aber aus sonstigen Gründen gegen die Prinzipien der Billigkeit (aequitas) verstossen. „In einem weiteren Sinne liesse sich auch hier von Missbrauch reden". Wir

1) Rehbein S. 308 bezeichnet die Chikane als „böswillige Rechtsausübung". Auch diese Ausdrucksweise erscheint nicht präzise.

2) Ramdohr S. 575.

gehen wie gesagt von einem andern Standpunkt aus. Wir zählen dieses Verhalten nicht unter Missbrauch im weiteren Sinne, sondern rechnen unter böswilligen Rechtsmissbrauch eben auch die Fälle, wo der Ausübende zwar nicht lediglich den Schädigungszweck hat, aber, indem er gegen die aequitas vorstösst, etwas tut, was dem Andern nachteilig ist. Unseres Erachtens fasst sich Ramdohr zu eng, wenn er im juristisch-technischen Sinne von Chikane nur in der Begrenzung des § 226 BGB. redet; Chikane im erwähnten Sinne ist, wie wir bereits des Häufigeren hervorgehoben, jegliche Ausübung eines subjektiven Rechts mit dem Zwecke, einem Andern zu schaden. Fasst man in diesem Sinne die Chikane auf, so ist die Ansicht Ramdohr's: alle sonstigen Zweckbestimmungen der Rechtsausübung, mögen sie vom Standpunkt der Moral auch noch so verwerflich erscheinen, hätten bei Ermittelung der Voraussetzung der Chikane von vornherein auszuscheiden, unzutreffend.

Es vernotwendigt sich nicht, des Näheren auf die Widerlegung einiger Bauke'schen Behauptungen einzugehen; man vergleiche hierüber Blümner's Ausführungen.[2] Die meisten Abweichungen Bauke's von den sonst vertretenen Auffassungen des Chikanebegriffes ergaben sich aus der Aufgabe, die Bauke sich gestellt hat, nämlich überhaupt die Wirkungen der Chikane auf allen Gebieten des Rechtslebens festzustellen. Wie aus dem Titel unserer Untersuchung ersichtlich ist, scheidet die Chikane im Gebiet des

1) Ramdohr S. 590.
2) Blümner S. 136—140.

Strafrechts für uns von vornherein aus. Bauke unterscheidet nun für das Gebiet des Privatrechts ebenso wie für das des Strafrechts zwischen Chikane, wie man den Ausdruck im täglichen Leben anzuwenden pflegt, und chikanöser Rechtsausübung, also Chikane im juristischen Sinne, nicht. Unter erstere lässt sich jedes Verhalten bringen, womit man einen Andern absichtlich ärgert. Man hat bei Chikane im nichtjuristischen Sinne meistens ein Macht- oder Abhängigkeitsverhältnis irgend welcher Art vor Augen. Man denke sich z. B. den Fall, dass ein Offizier seine Soldaten, obgleich ein bequemer Weg vorhanden ist, stundenlang schwer bepackt durch Sturzäcker marschieren lässt; aber auch ohne ein solches Abhängigkeitsverhältnis ist ein Chikanieren im gewöhnlichen Sinne denkbar. — Man darf aber den Begriff Chikanieren des gewöhnlichen Sprachgebrauchs natürlich nicht mit Chikane im juristischen Sinne durcheinander mengen, dann kommt man zu in's Unendliche gehenden Untersuchungen und haltlosen Ergebnissen.

Im Folgenden werden wir uns nun damit beschäftigen, zu untersuchen, welche Stellung die Entwürfe zum BGB. der Chikane gegenüber einnehmen, welche Errägungen für und wider den Gesetzgeber bestimmt haben, die Vorschriften, wie sie jetzt im BGB. enthalten sind, in dasselbe aufzunehmen, mit andern Worten, die Entstehungsgeschichte der die Chikane treffenden Vorschriften zu betrachten.

§ 4.

Standpunkt der Entwürfe zum BGB.

A. Entwurf I

Im ersten Entwurf war ein Verbot der Chikane nicht enthalten. Die Motive[1] führen Folgendes aus: Möge es noch so gerechtfertigt erscheinen, dem Missbrauch eines Rechts zur Chikane entgegenzutreten, so wäre es dennoch bedenklich, eine hierauf abzielende Vorschrift von allgemeiner Tragweite zu geben. Die Rechte seien dazu da, die Befriedigung wirklicher Bedürfnisse und die Erreichung fördernswerter Zwecke zu ermöglichen. Die Rechtsordnung habe daher die Aufgabe, nur solche Rechte anzuerkennen, welche an sich geeignet sind, dem menschlichen Wohle zu dienen. Man müsse sich damit begnügen, dass, wer ein ihm zustehendes Recht geltend macht, auch einen nach der Seite des Interesses anerkannten Willensinhalt geltend macht. Eine Untersuchung über die Beschaffenheit des Interesses an der jedesmaligen Rechtsausübung soll nicht ermöglicht werden, denn damit würde so gut wie nichts erreicht. Der Beweis, dass der von seiner Berechtigung Gebrauch Machende an der Ausübung kein anderes Interesses habe, als die Absicht zu schaden, sei auch unter dem Prinzip der freien Beweiswürdigung nur äusserst selten erbringbar. Dadurch würden nur missliche Prozesse veranlasst und durch Entscheidungen von zweifelhaftem materiellen Wert erledigt. Ausserdem bestehe die Befürchtung, dass die gegen den Rechtsmissbrauch erlassenen Vor-

1) Motive S. 274, 275.

schriften gerade zur Bestreitung rechtmässiger Ausübung zur Rechtskränkung missbraucht werden würden. Es sind daher grösstenteils praktische Erwägungen, die den E. I. von der Aufnahme den Rechtsmissbrauch treffender Vorschriften absehen liessen. Weiter bemerken aber die Motive: Es sei andererseits weder rätlich noch notwendig, die chikanöse Ausübung eines Rechts unmittelbar oder mittelbar im Gesetz als zulässig zu bezeichnen. Hierin könnte die Billigung eines unsittlichen Verhaltens erblickt werden. Ausdrücklich erklären aber die Motive, dass § 705 E. I., der den Anschein erwecken könnte, als trete er der chikanösen Rechtsausübung im allgemeinen entgegen und erkläre sie für widerrechtlich, auf die Chikane nicht anwendbar sei. Dieser § 705 lautete: „Als widerrechtlich gilt auch die kraft allgemeiner Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem Andern zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstösst". Die Vorschrift betrifft nicht ein Handeln kraft eines besonderen, vom Gesetz gewährleisteten Rechts, sondern kraft allgemeiner Freiheit, chikanöse Rechtsausübungen fallen also nicht unter sie. Daher bildet § 705 keine Beschränkung des § 848 [1] und letzterer ist im weitesten Umfange aufzufassen. Nach ihm kann also Jeder sein Recht ausüben, wie er will, und ebenso über sein Eigentum verfügen.

1) § 848 lautet: „Der Eigentümer einer Sache hat das Recht, mit Ausschluss Anderer nach Willkür mit der Sache zu verfahren und über dieselbe zu verfügen, soweit nicht Beschränkungen dieses Rechts durch Gesetz oder durch Rechte Dritter begründet sind.

Im ersten Entwurf war, wie gezeigt, von der Aufnahme eines Verbots irgend welcher Art Abstand genommen, doch sucht E. I. der Chikane dadurch beizukommen, dass er ihr nach Möglichkeit vorbeugt. Die Motive zitieren die §§ 970, 1048. § 970 heisst: „Bei Ausübung einer Grunddienstbarkeit ist das Interesse des Eigentümers der dienenden Sache tunlichst zu schonen. Hält er zur Ausübung der Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück eine Anlage, so hat er sie in ordnungsmässigem Zustand zu erhalten, soweit das Interesse des Eigentümers es erfordert.“ [1] § 1048 E. I. schreibt die entsprechende Anwendung für die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten vor. Diese Vorschriften stellen sich nicht als spezielle Chikaneverbote dar, wie man aus den Worten der Motive [2] „im Einzelnen“ schliessen könnte, sondern sie sollen der Chikane nur vorbeugen. Hier ist für den Richter ein objektiver Massstab gegeben; er hat nur zu prüfen, ob der Ausübende in der vorgeschriebenen Weise von seinem Rechte Gebrauch gemacht hat oder nicht. Hat er dies nicht getan, also das Interesse des Eigentümers gefährdet, so hat er widerrechtlich gehandelt; auf den Zweck kommt es nicht an. Anders beim Chikaneverbot. Hier hat der Richter nach dem Zweck der Handlungsweise zu forschen, grundsätzlich ist also vorsätzliches Handeln Voraussetzung, unter § 970 fällt aber auch Fahrlässigkeit, also Unterlassen; daher ist in dieser Hinsicht § 970 weiter als ein Chikaneverbot,

1) Dieser Paragraph ist mit geringer Abweichung in das BGB. als § 1020 übergegangen.

2) Motive S. 274.

enger ist er, insofern die Ausübung der Servitut nur gegenüber dem Eigentümer in bestimmte Grenzen gebracht wird. Nach den Motiven[1] enthielt § 970 Satz 2 eine Erweiterung der Vorschrift des ersten Absatzes für den besonderen Fall, dass die Ausübung der Grunddienstbarkeit durch das Halten von Anlagen betätigt wird. Das Recht des Dienstbarkeitsberechtigten, sagen die Motive, werde durch die Auferlegung einer Legal-Servitut begrenzt. Auf diese Auffassung näher einzugehen, ist hier nicht der Ort, sie ist bestritten; die richtige Auffassung ist wohl die, dass sich die Verpflichtung als „eine Begleiterscheinung der Servitut, als eine Instruktion für den Servitut Berechtigten darstellt".[2]

Dass die Vorschrift des § 750 weiter ist als ein einfaches Chikaneverbot, ergibt sich aus dem Ausdruck „Interesse". Derselbe kann allerdings durch seine Unbestimmtheit zu Zweifeln Anlass geben. Die Motive[3] dehnen die Vorschrift, dass der Servitutberechtigte das Interesse des Eigentümers des dienenden Grundstücks tunlichst zu schonen habe, auch darauf aus, dass der Berechtigte auch auf das Interesse solcher Personen Rücksicht zu nehmen habe, die vom Eigentümer Rechte ableiten, denen die Grunddienstbarkeit im Range vorgeht. Der Berechtigte handelt also schon widerrechtlich, nach Ansicht der Motive, wenn er durch chikanöse Rechtsausübung das Interesse dieser dritten Personen stört. Wir meinen, die Motive gehen hier zu weit; nur

1) Motive III, S. 483.
2) cf. über diese Frage Blümner S. 120
3) Motive III, S. 483.

soweit das Interesse der dritten Personen sich mit dem Interesse des Eigentümers deckt, auch sein Interesse ist, hat der Berechtigte es zu schonen, nicht aber braucht er jedwedes Interesse jeder dritten Person zu berücksichtigen.

Dies der Standpunkt des E. I — vorbeugende Bestimmungen gegen die Chikane durch Beschränkung der Rechte im subjektiven Sinne, dem eine Berechtigung nicht versagt werden kann.

B. Entwurf II.

Gegen diesen Standpunkt wurden aber die mannigfaltigsten Einwände erhoben, es wurde dem E. I. zum Vorwurf gemacht, dass er ohne Grund von den bewährten Grundsätzen des ALR. abgewichen sei, in welchem ein gesunder deutscher Rechtsgedanke enthalten sei; das Verbot der Chikane enthalte einen echt germanischen und echt christlichen Satz. Nach dem Entwurf sei Missbrauch eines Rechts zur Chikane erlaubt; namentlich bei § 705 E. I trete dies zu Tage wären die kraft besonderer Rechte vorgenommenen Handlungen haftfrei, so stelle man damit der Chikane einen förmlichen Freibrief aus. Vor allen Dingen wurde im § 848 E. I der Ausdruck „nach Willkür" getadelt; das Eigentum stelle sich nach § 848 dar als das Recht auf Ausschliessung Anderer, nach Willkür mit der Sache zu verfahren und über sie zu verfügen. Man könne daraus schliessen, dass der Eigentümer aller, auch den durch die guten Sitten gegebenen Beschränkungen ledig sein solle. Durch § 849 E. I

könne der Eigentümer eines Grundstücks willkürlich über dem Erdboden und unter demselben ohne jede Beschränkung verfahren. Eine allgemeine grundsätzliche Schranke werde vermisst. Aus sittlichen ebenso wie aus politischen Gründen namentlich sei die Aufnahme von die Chikane treffenden Vorschriften erforderlich.[1] Dies waren die nicht unerheblichen Bedenken eines wenn auch des geringeren Teils der Kommission, deren Mehrheit den im Königl. Landes-Ökonomie-Kollegium gestellten Antrag: „Die Aufnahme von Vorschriften wider die missbräuchliche Ausübung der Rechte einschliesslich des Eigentums und insbesondere wider die Chikane zu befürworten", ablehnte. Aber wegen der Erheblichkeit der Gründe, welche die beträchtliche Minderheit vertrat, stellte die Kommission den Gegenstand zur Beratung des LÖK. Auf dessen Beratungen des Näheren einzugehen, würde uns zu weit führen.[2] Das Beratungsresultat war, dass der Antrag (Antragsteller Prof. Schmoller): „Es bedarf der Aufnahme von Vorschriften wider die missbräuchliche Ausübung der Rechte einschliesslich des Eigentums und insbesondere wider die Chikane nach dem Vorbilde des preuss. Landrechts" mit geringer Majorität angenommen wurde.

Der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs gingen zahlreiche Anträge zu. In erster Linie sollte der § 705 E. I abgeändert werden. Man bean-

1) cf. Reatz bei § 858 E. I., ausführlich in der Sammlung gutachtlicher Äusserungen VI S. 207—210, ferner Gierke S. 183.

2) Verh. des Kgl LÖK.-Kolleg III Session der 4 Sitzungs-Periode S. 218, 252—254, 492—504.

tragte die Ausdehnung auch auf solche Handlungen, zu deren Vornahme ein besonderes Recht bestand, weil auch bei Ausübung dieses Rechts gegen die guten Sitten in erheblichstem Masse verstossen werden könnte. Man führte des Weiteren aus,[1] auch innerlich sei der Unterschied zwischen dem Fall, in welchem Jemand auf Grund der allgemeinen Freiheit handele, z. B. auf Grund der Gewerbefreiheit einem Andern Konkurrenz mache, und dem Fall, in welchem er ein subjektives Recht ausübe, nicht erheblich genug, um eine verschiedene Behandlung zu rechtfertigen; wenn er im ersten Fall an die Grenzen der guten Sitten gebunden sei, so treffe dies ebenfalls auf den zweiten Fall zu.

Dieser Antrag wurde von der Kommission abgelehnt, denn die Gesetze dürften nicht die Gebote der Moral zu Rechtsstützen erheben, da eine solche Vermischung von Moral und Recht zur grössten Rechtsunsicherheit führe; ein ferneres Bedenken sei die Schwierigkeit der Prüfung der inneren Beweggründe einer Handlung. Bei Rechten, für welche das Gesetz den Umfang selbst feststellt, z. B. das Eigentumsrecht sollte nach Äusserung der Kommission auf die Grundsätze der guten Sitten einerseits, die öffentlichen Bedürfnisse andererseits Rücksicht genommen werden. Treu und Glauben und die Verkehrssitte seien bereits bei den §§ 103, 127, 206 E. II, also bei durch rechtsgeschäftliche Willenserklärungen zu Stande gekommenen Rechtsverhältnissen als massgebend anerkannt. Ganz allgemein aber die Ausübung eines Rechts durch

1) cf. BK.-Prot. II, S. 576/77.

Berücksichtigung der guten Sitten zu beschränken, sei nicht ratsam und bedenklich.[1]

Auch auf Erweiterung des § 848 E. I sich richtende Anträge liefen ein. Man war der Ansicht, der Chikane wenigstens auf dem Gebiete des Eigentums entgegentreten zu müssen, und beantragte daher für § 848 folgende Fassung: „Der Eigentümer einer Sache hat das Recht, mit Ausschliessung Anderer nach Willkür mit der Sache zu verfahren und über dieselbe zu verfügen, soweit nicht Beschränkungen dieses Rechts durch Gesetz oder durch Rechte Dritter begründet sind; wenn er durch eine Handlung, die er in Ausübung seines Eigentumsrechts vornimmt, in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Andern vorsätzlich Schaden zufügt, ist er verpflichtet, ihm diesen zu ersetzen."

Auch dieser Antrag wurde von der Kommission abgelehnt, denn eine solche generelle Bestimmung sei überflüssig, den erwähnten Bedürfnissen sei bereits insoweit Rechnung getragen, als der Chikane in den Fällen, in denen sie am deutlichsten hervortrete, durch entsprechende Einschränkungen des Eigentums, insbesondere das Verbietungsrecht des Eigentümers, vorgebeugt sei. (§§ 918, 920, 921 E. II). Bei ihnen seien die Grundsätze von Treu und Glauben und der Verkehrssitte berücksichtigt worden. Wollte man § 848 antragsgemäss ausdehnen, so müsse man für alle dinglichen Rechte in gleicher Weise verfahren; es sei einerlei, ob Jemand durch eine Anlage auf seinem eigenen Grund oder auf dem eines Andern mit dessen

1) cf. hierüber eingehend BK-Prot. II, S. 576, 577.

Erlaubnis chikaniere. Durch diese allgemeine der chikanösen Rechtsausübung entgegentretende Bestimmung werde schliesslich der Chikane Dritter ein weiterer Spielraum eröffnet, der Chikane des Eigentümers weniger entgegengetreten.[1]

Ferner gingen bei der Kommission folgende Anträge ein.[2]

1. Hauptantrag: „Ein Anspruch kann von demjenigen, gegen welchen er geltend gemacht wird, zurückgewiesen werden, wenn die Geltendmachung unter den Umständen des Falls gegen die guten Sitten verstösst."

2. Eventualantrag: „Ein Anspruch kann von demjenigen, gegen welchen er geltend gemacht wird, zurückgewiesen werden, wenn erhellt, dass die Geltendmachung für den Berechtigten kein Interesse hat, dem Gegner aber erheblichen Nachteil bringen würde."

Der Antragsteller begründete seinen Antrag dahin, dass in diesem Paragraph ein beschränktes Chikaneverbot und die Anerkennung der exceptio doli generalis vorhanden sei. Die Spezialbestimmungen des Sachenrechts über den Umfang des Eigentums- und Nachbarrechts sowie der Servituten-Ausübung seien in dieser Hinsicht lückenhaft. Für die Berechtigung der exc. doli gen. wurde vorgebracht, dass das Gesetz nicht im Stande sei, die Voraussetzung des subjektiven Rechts so zu normieren, dass die Geltendmachung desselben nicht doch im einzelnen Falle einen Verstoss gegen die guten Sitten enthalte. Andererseits spreche

1) Vgl. des Näheren BK.-Prot. III, S. 119, 167 ff.
2) BK.-Prot. I, S. 238—240.

für die Annahme des Antrags, dass durch ihn der Richter verhindert werde, lediglich nach dem Buchstaben des Gesetzes Recht zu sprechen. Verwiesen wurde auf §§ 505, 506 E. I, welche für die exc. doli gen. schon einigen Anhalt böten. Auch in ihnen sei der Begriff der guten Sitten in das Empfinden des Richters verstellt.

Die Kommission lehnte den Hauptantrag ab, der Eventualantrag wurde darauf zurückgezogen, und zwar erfolgte die Ablehnung aus den von den Mot. I S. 274, 275 erwähnten in Verdindung mit den von der Minderheit bei den Beratungen des LÖK. vorgebrachten Gründen. Ferner sei zu beachten, dass aus § 106 E. I die Berechtigung der Vorschrift nicht herzuleiten sei, denn man müsse berücksichtigen, ob es sich darum handele, einem Tatbestand richterliche Anerkennung zu Teil werden zu lassen, oder ob die Ausübung einer rechtlich anerkannten Befugnis in Frage stehe. Die Aufnahme der exc. doli gen. rechtfertige sich nicht, weil sie das subjektive Gefühl des Richters an Stelle einer bestimmten Rechtsnorm setze und daher die Unterschiede zwischen Recht und Moral verwische. Ausserdem sei ihrem Zweck schon durch § 259 genügt, wonach der Vertragschliessende zu dem verpflichtet sei, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach dem Gesetz und der Verkehrssitte unter Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergebe.[1]

Mit Recht wohl dürften jene Anträge von der Kommission abgelehnt sein. Der Hauptantrag war

1) cf. BK.-Prot I, S. 239.

von einer geradezu „beängstigenden Unbestimmtheit“,[1] er hätte zweifellos vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Folgen nach sich gezogen, da nach ihm die Grenze zwischen Recht und Moral nicht zu unterscheiden war. Nach dem Antrag hätte jeder Anspruch zurückgewiesen werden können, wenn im einzelnen Falle, selbst ohne dass ein Benachteiligungszweck des Berechtigten, der nur sein Interesse verfolgte, vorlag, die Geltendmachung gegen die guten Sitten verstiess. Vor allen Dingen war Folgendes zu berücksichtigen. Selbst wenn man annimmt, dass in der Geltendmachung eines berechtigten Anspruchs niemals ein Verstoss gegen die guten Sitten liegt, so könnte doch gerade der Richter bei Vorliegen eines zwar voll berechtigten, aber nur geringen Interesses, dem auf der andern Seite ein erheblicher Schade gegenübersteht, allzuleicht einen Verstoss gegen die guten Sitten erblicken. Der Begriff der guten Sitten ändert sich mit der Zeit. War z. B. ein Recht zur Zeit seiner Entstehung durchaus mit den guten Sitten vereinbar, so hätte es, falls es nach längerer Zeit geltend gemacht wurde, gegen die dann herrschenden guten Sitten verstossen können, damit wäre aber nicht vereinbar, einmal dass für das Recht nur seine Entstehungszeit in Frage kommt, andererseits dürfe eine derartige Änderung der Sitten auf wohlbegründete Rechte keinen Einfluss haben. Nach § 170 EG. zum BGB. sind ferner für ein vor dem Inkrafttreten des BGB. entstandenes Schuldverhältnis die bisherigen Gesetze massgebend. Demnach würde

1) Blümner S. 130.

ein nach alten guten Sitten entstandener Anspruch bei seiner Geltendmachung neuen guten Sitten, aber alten Gesetzen unterliegen, ein offenbar unhaltbarer Zustand! Die Merkmale der Chikane waren überhaupt nicht berücksichtigt; es war gleichgültig, ob man aus Bosheit klagte oder den Anspruch geltend machte, weil man seiner bedurfte. Würde durch die Klagerhebung z. B. ein Schuldner von allen Mitteln entblöst, so hätte der Anspruch zurückgewiesen werden können, denn sehr wohl kann die hartnäckige Geltendmachung eines an sich berechtigten, aber mit nur geringem eigenen Interesse verfolgten Anspruchs, dem ein unverhältnismässiger Schade gegenüber steht, gegen die guten Sitten verstossen.

Daher ersetzt denn auch der zwar engere, aber immer noch sehr weit gefasste Eventualantrag den Verstoss gegen die guten Sitten durch die Bestimmung, dass ein Antrag dann zurückgewiesen werden könne, wenn offenbar die Geltendmachung für den Berechtigten kein Interesse hat, dem Gegner aber erheblichen Nachteil bringt. Auch hier waren die Merkmale der Chikane nicht berücksichtigt. Auf den bösen Willen kam es nicht an, sondern auf die Feststellung der objektiven Tatsachen, der Interesselosigkeit einerseits, des erheblichen Nachteils andererseits. Wenigstens konnte man aus der Fassung des Antrags ersehen, worin der Verstoss gegen die guten Sitten liegen sollte (eben in der Interesselosigkeit), ein Moment, das der Hauptantrag nicht näher bestimmte. Im Gegensatz zu dem jetzigen § 226 BGB. trafen beide Anträge nur die Geltendmachung eines Anspruchs, also die Form der

gerichtlichen Durchführung in der Rechtsausübung, jedoch ist hierbei zu beachten, dass ein Klagender stets ein Interesse hat oder wenigstens zu haben behauptet.

Der E. II unterscheidet sich daher nur in der Milderung des Eigentumsbegriffs und der Begrenzung des Eigentumsrechts durch das Interesse des Berechtigten vom E. I.

C. Entwurf III.

Wesentliche Verschiedenheiten vom E. I und E. II zeigt E. III. § 705 erhielt folgende Fassung: „Wer durch Handlungen, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts vornimmt, in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Andern vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Andern zum Ersatz des Schadens verpflichtet." Von der R.-Komm. wurden die Worte „durch Handlungen" bis „vornimmt" gestrichen und so entspricht § 826 BGB. dem § 705 E. I und 749 E. II.

Von der B.-Komm. hatte ferner § 887 (848 E. I) einen Absatz 2 erhalten: „Eine Ausübung des Eigentums, die nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen, ist unzulässig: Die Reichst.-Komm. beantragte sodann, diese Vorschrift auf alle Rechte auszudehnen und sie in der Fassung: „Die Ausübung eines Rechts, welche nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen, ist unzulässig", als § 220a in den allgemeinen Teil aufzunehmen. Zur Begründung wurde vorgebracht, dass es unbedenklich

sei, das, was im § 887 ausgesprochen sei, allgemein als Prinzip aufzustellen, denn es handle sich um eine Frage von allgemeiner Bedeutung. Dagegen wurde eingewandt, was § 887 für das Eigentum bestimme, gelte zweifellos analog für die übrigen dinglichen Rechte; wollte man das ständig auf alle Rechte ausdehnen, würde man der Chikane eher weiteren Spielraum einräumen, als ihr begegnen, denn es werde wohl niemals von Jemandem, der die Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verbindlichkeit fordere, gesagt werden können, dass seine Rechtsausübung keinen andern Zweck habe, als einem Andern Schaden zuzufügen. Der Schuldner aber, von dem zu unbequemer Zeit und unter erschwerten Umständen die Erfüllung seiner Verbindlichkeit verlangt werde, werde sehr häufig geneigt sein, lediglich Chikane vorauszusetzen, und dem böswilligen Schuldner sei ein stets bereites Mittel zur Verzögerung des Prozesses in die Hand gegeben.[1]

Der Antrag wurde trotz dieser praktischen Bedenken in der Kommission mit geringer Majorität, im Plenum des Reichstags debattelos angenommen; § 887 Abs. 2 wurde gestrichen, § 220a (jetzt § 226 BGB.) gilt daher für alle Rechtsgebiete.

Wir gehen nunmehr, nachdem wir den Begriff der chikanösen Rechtsausübung sowie die Behandlung derselben in den Entwürfen zum BGB. erörtert haben, zu der Untersuchung über, in welcher Weise das BGB. selbst ihr entgegentritt.

1) cf. RKomm.-Prot. S. 32.

§ 5.

Stellung des BGB. zur Chikane.

A. Allgemeines.

Aus den Erörterungen über den allgemeinen Begriff der Chikane im Verein mit den Erwägungen der Gesetzgeber bei Beratung der auf die Chikane bezüglichen Bestimmungen ist ersichtlich, dass es zwei Wege gibt, der Chikane zu begegnen:

1. Das System der Vorbeugung,
2. das System des Chikaneverbots.

Zunächst einiges über erstgenanntes System:

Der Grundgedanke desselben ist folgender: Die Rechte im subjektiven Sinne erhalten eine solche Gestaltung, dass ihr Missbrauch schon durch die Begrenzung der Ausübungsfreiheit des Berechtigten gänzlich oder wenigstens in weitem Umfange verhindert wird, mit andern Worten: durch Anerkennung nur solcher Rechte, die an sich geeignet sind, dem Wohle der menschlichen Gemeinschaft zu dienen, also durch Einschränkung der subjektiven Rechte. Diesen Standpunkt vertraten, wie wir sahen, E I und E II.

Das Vorbeugungssystem lässt sich wiederum in zwei Richtungen entwickeln. Einmal wird die Ausübung der subjektiven Rechte selbst in bestimmter enger Weise begrenzt. Als Beispiel hierfür diene § 1020 BGB. „Bei Ausübung einer Grunddienstbarkeit hat der Berechtigte das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks tunlichst zu schonen". Hier sind also der Rechtsausübung — um es nochmals zu erwähnen — durch ein entgegen-

stehendes zu schonendes anderes Interesse bestimmte Schranken gesetzt. Natürlich ist die vorstehende Vorschrift kein Chikaneverbot, über ein solches geht sie hinaus; nicht unter bestimmten Voraussetzungen wird die Ausübung des Rechts eingeschränkt, sondern ein für alle Mal werden die Befugnisse des Berechtigten begrenzt und dadurch wird der Chikane vorgebeugt. Wird durch die Ausübung des Rechts die Grenze des fremden Interesses überschritten, so wird die Rechtsausübung zur Rechtsverletzung. Dasselbe Prinzip beherrscht die §§ 1021, 1022, 1096 BGB. u. a. Wir möchten uns hier der Bezeichnung Blümner's[1] anschliessen, der treffend von einer „prinzipiellen Begrenzung der Rechte" spricht.

Im Gegensatz dazu steht die „eventuelle Begrenzung der Rechte", unter welcher man bei prinzipiell weiterer Fassung der Rechte ihre unter gewissen Voraussetzungen eintretende Begrenzung zu verstehen hat. Hierfür gibt § 905 BGB. ein Beispiel: „Das Recht des Eigentümers eines Grundstücks erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche. Der Eigentümer kann jedoch Einwirkungen nicht verbieten, die in solcher Höhe und Tiefe vorgenommen werden, dass er an der Ausübung kein Interesse hat". Der Eigentümer kann also eine Anlage nicht verbieten, wenn sein Interesse erloschen ist. Es entscheidet hier der Mangel des eigenen Interesses.

---

1) Blümner S. 142.

Für das erwähnte System der Vorbeugung sowohl durch prinzipielle wie individuelle Begrenzung der Rechte gilt folgende Unterscheidung: Entweder sind die die Rechte eingrenzenden Bestimmungen teils für kleinere, teils für grössere Kategorieen von Rechten allgemeiner Natur (hierher gehört vor Allem die Bestimmung über die Auslegung der Verträge nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte § 157 BGB.); teils finden sie nur auf einzelne Rechte Anwendung. Dahin gehören die oben angeführten Beispiele.[1]

Der andere Weg, der Chikane zu begegnen, ist der des Chikaneverbots; und zwar sind auch hier zwei Möglichkeiten vorhanden, entweder wird bei Ausübung der einzelnen Rechte die chikanöse Ausübung verboten (so § 887 des II E. für Eigentumsrecht) oder man hindert die chikanöse Rechtsausübung durch ein allgemeines Verbot (so BGB. § 226)[2].

B. Vorbeugung durch principielle Begrenzung der Rechte:

Zunächst sind die der Chikane durch prinzipielle Begrenzung der Rechte vorbeugenden Bestimmungen des BGB. einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Wie schon erwähnt, ist eine der wichtigsten hierher gehörenden Bestimmungen der Grundsatz über Treu und Glauben. Dieser gibt natürlich stets einen objektiven Masstab, der nach Endemann[3] durch

1) cf. Blümner S. 142.
2) cf. zu obigen Ausführungen v. Jacubezky S. 591 ff.
3) Endemann S. 423 Abs. 2, Anm. 9.

§ 157 generell für alle Verträge als Auslegungsprinzip eingesetzt ist und der zumal bei den Schuldverhältnissen (nach § 242, 320, 815, 162 BGB.) zur Anwendung gelangt.[1]

§ 157 besagt: Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Treu und Glauben sind nicht, wie man aus dem „Erfordern" schliessen könnte, gesonderte Momente, von denen jedes verschiedenes verlangt, sondern sie bezeichnen dasselbe Moment vom Standpunkt jeder Partei aus. Glauben bedeutet so viel wie Vertrauen, Treu die durch ihr Vertrauen berechtigte Forderung der andern Partei, dass dies Vertrauen nicht getäuscht werde. Beide Ausdrücke zusammen entsprechen der bona fides des römischen Rechts in ihrer Anwendung auf bonae fidei negotia. Der Inhalt des Vertrauens der einen oder der anderen Partei und ihr dementsprechender Wunsch der Nichttäuschung richtet sich nach dem Inhalt des Vertrags; dieser also ist massgebend für das gegenseitige Vertrauen der Parteien. Daraus, dass das Gesetz den Massstab von Treu und Glauben für massgebend für die Auslegung von Verträgen erklärt, folgt, dass es den Inhalt der Verträge als durch besondere Bestimmungen der Parteien und des Rechts nicht erschöpfend normiert bezeichnet. Es ist daher die Verweisung auf Treu und Glauben „eine Anweisung zur Berück-

1) Den Gegensatz zu diesem objektiven Massstab bildet der „gute Glaube". Definition § 932 Abs. 2, Anwendung §§ 926 Abs. 2, 932, 937 Abs. 2, 955 Abs. 1, 957, 990 ff, 1208, 2024 BGB.; hier ist subjektive Rechtlichkeit erforderlich.

sichtigung aller Umstände, die im konkreten Fall Berücksichtigung verdienen, aber nicht etwa nach dem Massstab individueller Sonderübertragung, sondern nach einem allgemein gültigen Massstab, und ein solcher ist für die rechtliche Beurteilung kein anderer, als der durch den Inhalt des Rechts gegebene".[1] Die Frage, was im konkreten Fall Treu und Glauben erfordern, besteht also nicht selbständig neben der Frage, was für den Fall die massgebenden Bestimmungen des Rechts und des Parteiwillens sind, sondern sie ist mit der Frage darnach identisch, „was für den konkreten Fall gilt nach dem richtig verstandenen Inhalt des Parteiwillens und des ihm rechtliche Geltung verleihenden, zugleich aber ihn ergänzenden und beschränkenden Rechts".[2]

Dass durch Aufstellung des Grundsatzes von Treu und Glauben der chikanösen Vertragsrechtsausübung in hohem Masse vorgebeugt wird, ist ohne weiteres ersichtlich. Widerspricht die Rechtsausübung den

1) Hölder, Kommentar zum BGB S. 340.

2) Hölder eod. cfr. hierüber die Ausführungen bei Stammler S. 36, Crome S. 76. „Was Treu und Glauben ist, entnehmen wir dem inneren, in unserer sittlichen Überzeugung beruhenden Gesetz. Dieser Begriff ist zwingender Natur und mittelst Parteiabrede nicht abänderungsfähig". Die Rücksicht auf die Verkehrsitte soll Treu und Glauben da ergänzen, wo es sich um „moralisch indifferente Angelegenheiten" handelt und soll nach Endemann S. 423 dem Richter eine Handhabe bei der für den konkreten Fall notwendigen Auslegung geben, ihre Hinzufügung als des sozialen Richtmasses, diene zur Anpassung der sittlichen Ansprüche an die tatsächliche Übung des Verkehrs, Endemann eod., sodann auch Hölder S. 342.

Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, so ist sie unzulässig.

Natürlich wird der chikanösen Rechtsausübung in Bezug auf Vetragsrechte dadurch, dass sie den Grundsätzen von Treu und Glauben unterstellt sind, nur vorgebeugt, nicht handelt es sich um Chikaneverbote Hierbei ist folgendes zu beachten: Es liegt in der Natur aller Vertragsrechte, dass sie weniger Spielraum für die Chikane bieten, wie die dinglichen Rechte, denn bei ersteren steht gewöhnlich der genau normierten Forderung des Berechtigten die dementsprechend ebenso genau normierte Leistung des Verpflichteten gegenüber, während letztere den Berechtigten zu einer unbestimmten Summe von Handlungen berechtigen. Es ist ohne weiteres ersichtlich, dass im letzteren Fall der Berechtigte viel eher in der Lage ist, von seinem Rechte einen chikanösen Gebrauch zu machen, als bei den Vertragsrechten. Ist die Leistung genau bestimmt, so darf sie der Richter nicht etwa nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dem Gläubiger verweigern.[1] Unter der Vorschrift von Treu und Glauben steht auch § 162 BGB.: „Wird der Eintritt einer Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten. Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt". Diese Bestimmung ist, wie

1) Als Beispiel vergleiche § 266 und seine Auslegung Blümner S. 144.

wir sehen werden, allerdings nur unter gewissen Voraussetzungen als eine der Chikane vorbeugende zu bezeichnen.

Die Bedeutung des § 162 cit. ist kurz folgende er umschliesst die Fälle, bei denen die Absicht der Parteien dahin geht, dass bei einem bedingten Rechtsgeschäft eine Einwirkung der einen oder anderen Partei auf den Eintritt der Bedingung verhindert werden soll. An sich würde schon die Vereitelung oder Herbeiführung des Eintritts der Bedingung gegen die Absicht der Parteien wider Treu und Glauben verstossen und daher zu Schadenersatz verpflichten. Der § 162 geht aber noch weiter, er bestimmt, dass im ersten Fall die Bedingung als eingetreten, im zweiten als nicht eingetreten gelten soll. Aus den Umständen des einzelnen Falles ist hierbei zu schliessen, ob bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts die Absicht die war, eine Einwirkung einer oder der anderen Partei auszuschliessen. Nach den Umständen ist[1] auch zu entscheiden, ob jede Einwirkung oder nur eine gewisse Art derselben als wider Treu und Glauben verstossend anzusehen ist,[2] da sich Treu und Glauben nach den zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnissen bestimmen. Nun kommt es darauf an, ob die Verhinderung des Eintritts wider Treu und Glauben oder im Fall des Abs. 2 § 162 die Herbeiführung des Eintritts sich als Rechtsausübung

1) Planck, Anm. 1 zu § 162, S. 208.

2) Nach Neumann Anm. 2 zu § 162 genügt „bewusst pflichtwidriges mittelbares Eingreifen in den Gang der Bedingung."

charakterisiert oder nicht. Ist dies nicht der Fall, so kommt § 162 natürlich nicht als eine der Chikane vorbeugende Bestimmung in Betracht.

Auf den ersten Blick kann es zweifelhaft sein, ob beim Kauf auf Probe § 162 Anwendung findet oder nicht. Massgeblich für den Eintritt der Bedingung, nämlich hier der Äusserung des Gefallens, ist lediglich der Wille des Käufers, also der Wille der einen Partei. Ist es nun ein Recht, sein Gefallen zu äussern, oder nicht? Darüber herrscht Streit. Blümner[1] ist der Meinung, das Recht, welches man erworben habe, sei das Forderungsrecht, welches durch eine Tatsache bedingt sei, nämlich durch die Erklärung des Gefallens des Käufers; diese stehe im Belieben des Käufers, sei aber nicht eine Folge des etwa hierauf gerichteten Parteiwillens, sondern liege in dem Begriffe des Gefallens. Durch dies Belieben werde allerdings das obligatorische Verhältnis beeinflusst, aber ein besonderes Recht, sein Gefallen zu erklären, oder nicht, stehe dem Käufer nicht zu. Dem letzteren möchten wir widersprechen. Wir können nicht einsehen, warum es kein Recht sein soll, sein Miss- oder Gefallen zu äussern. Für den Kauf auf Probe ist die Äusserung des Gefallens allerdings eine den Kauf bedingende Tatsache; was betätigt der Käufer aber anderes, als sein Recht, auf die Äusserung seines Gebezw. Missfallens.[2]? Also steht keineswegs die

1) Blümner S 145.

2) Die Mot. I S. 263 äussern: „Der letztere macht ebenfalls“ (sie reden von einem bedingt Verpflichteten, auf den bedingt Berechtigten trifft dies ebenfalls zu) „von seinem Rechte Gebrauch.“

Erklärung des Gefallens oder Nichtgefallens ausserhalb des Rechtsverhältnisses, wie Blümner[1] annimmt, denn es handelt sich dort um Rechtsausübung. Demnach wäre also der § 226 an sich anwendbar.[2] Die Konsequenz der Blümner'schen Ausführungen ist dann natürlich, dass er von seinem Standpunkt aus § 162 nicht als der Chikane vorbeugend bezeichnet; Zweifel scheinen ihm aber doch aufgestiegen zu sein, denn eingangs hatte er § 162 gerade als eine solche Bestimmung hingestellt. Es genügte festzustellen, dass das Äussern des Missfallens ein Recht sei, um das Unzutreffende des von Blümner eingeschlagenen Weges zu zeigen.[3] Darin stimmen die Motive[4] und die Lehrbücher (cf. z. B. Kuhlenbeck Anm 2 Satz 2 zu § 162) überein, dass § 162 nicht anwendbar sei, wenn die Bedingung auf die Vornahme oder die Nichtvornahme einer vom freien Ermessen des bedingt Verpflichteten abhängigen Handlung gestellt ist.[5]

Es wurde also gezeigt, dass § 162 nur unter der Voraussetzung, dass eine Rechtsausübung in Frage kommt, als eine der Chikane vorbeugende Bestimmung anzusehen ist.

Gewissermassen einen Anwendungsfall des § 162 bildet § 2076: „Bezweckt die Bedingung, unter der eine letztwillige Zuwendung gemacht ist, den Vorteil eines

1) Blümner S. 146.

2) Ders. Ansicht Endemann S. 339 Anm. 5.

3) Hiernach erledigt sich auch die Anm. Knuths S. 58, § 162 enthalte niemals eine Rechtsausübung.

4) Motive S. 362.

5) cf. auch das Beispiel des bedingt verpflichteten Erben bei Endemann S. 329 Anm. 2.

Dritten, so gilt sie im Zweifel als eingetreten, wenn der Dritte die zum Eintritt der Bedingung erforderliche Mitwirkung verweigert", und ist dem entsprechend zu behandeln.

Der Grundsatz von Treu und Glauben beherrscht ferner die §§ 242, 320, 815 BGB.

Auf andere Beispiele der Vorbeugung durch prinzipielle Begrenzung der Rechte wiesen wir schon im vorigen Abschnitt hin.

Wie wir oben sehen, sollen dahin die Vorschriften gerechnet werden, bei denen die Rechte an sich einen weiteren Rahmen haben, unter Umständen aber eingeschränkt werden. Hierher gehören die Normen, bei welchen das objektive Interesse des Berechtigten nur gering ist, aber subjektiv zu stark betont wird, oder wo die Ausübung mit unverhältnismässigem Nachteil für den Verpflichteten verbunden ist, und deshalb für unzulässig erklärt wird. Stets entscheiden objektive Gesichtspunkte. Diese Vorschriften treffen daher nicht die Chikane selbst, sondern, indem sie ihr vorbeugen, gehen sie weiter.

So gehört zunächst die Bestimmung des § 320 Abs. 2 hierher. Ihr Standpunkt ist gerade der entgegengesetzte, wie bei der Chikane; bei dieser mangelt das eigene Interesse, dort ist es gerade das zu weit gehende Interesse, der Egoismus der berechtigten Partei, demgegenüber der Verpflichtete in Schutz genommen werden soll. Die Gegenleistung kann nicht verweigert werden, wo der rückständige Teil der Verpflichtung zu gering ist, zu ihr in keinem Verhältnis mehr steht. Es liegt auf der Hand, dass der Ver-

pflichtete nur zu leicht geneigt ist, Chikane bei dem Berechtigten vorauszusetzen, wenn er wegen Rückständigkeit eines ganz geringfügigen Teiles der Leistung die Gegenleistung verweigert. An sich ist nach § 320 Abs. 1 derjenige, welcher aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, berechtigt, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, falls er nicht zur Vorleistung verpflichtet ist. Das Entscheidende ist auch hier ein objektives Moment, nämlich die Geringfügigkeit der Rückständigkeit etc. der Leistung.

Dasselbe Princip beherrscht die Vorschrift des § 459 Abs. 1 Satz 2: „Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt“ (hinsichtlich der Gewährleistung wegen Mängel der Sache) „nicht in Betracht“. Desgleichen ist hier zu nennen § 468 Satz 2, nach welchem der Käufer wegen Mangels der zugesicherten Grösse eines Grundstücks Wandlung nur dann verlangen kann, wenn der Mangel einen derartigen Umfang hat, dass die Vertragserfüllung für den Käufer ohne Interesse ist. Die letzte Vorschrift ist anders gefasst wie die vorhergehende, aber es handelt sich auch hier um eine eventuelle, nicht prinzipielle Begrenzung des Wandlungsrechtes des Käufers. Nur die Beweislast ist anders verteilt; nach § 468 muss der klagende Käufer die Erheblichkeit des Mangels beweisen, während umgekehrt nach § 459 dem Beklagten der Beweis der Unerheblichkeit des gerügten Mangels obliegt. Gleiche Vorschriften, nach denen ein Recht oder dessen Ausübung bei unerheblichem Interesse des Berechtigten ausgeschlossen ist, enthalten

die §§ 498 Abs. 2 Satz 2, 542 Abs. 2, 634 Abs. 3, heranziehen liesse sich auch § 299 BGB.

Aus dem Recht der Schuldverhältnisse gehören ferner folgende Bestimmungen hierher. Nach § 616 wird der zur Dienstleistung Verpflichtete des Anspruchs auf die Dienstleistung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismässig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert ist. § 259 handelt von der Verpflichtung zur Ableistung des Offenbarungseides bei Verwaltungen, falls die Rechnung nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht ist. Diese Verpflichtung fällt nach Abs. 3 fort bei Angelegenheiten von geringerer Bedeutung. Ebenso § 260 Abs. 3, § 2028 Abs. 3. — Nach § 251 Abs. 2 kann der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld entschädigen wenn die Herstellung nur mit unverhältnismässigen Aufwendungen möglich ist. Dadurch wird der chikanösen Ausübung des Rechts auf Schadenersatz in naturali entgegengetreten. Das Analogon finden wir in § 633 Abs. 2. Der Unternehmer ist berechtigt, die Beseitigung des Mangels zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismässigen Aufwand erfordert. Des weiteren § 324, wonach bei gegenseitigen Verträgen bei der Unmöglichkeit der Leistung, die der andere Teil zu vertreten hat, der eine Teil den Anspruch auf die Gegenleistung zwar behält, aber sich dasjenige anrechnen lassen muss, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart, oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Ingleichen bei Dienst- und Werk-

vertrag in § 615 Satz 2 und § 649 Satz 2 für den Dienstverpflichteten bei Annahmeverzug der Dienste seitens des Dienstberechtigten und für den Unternehmer im Falle der Kündigung seitens des Bestellers. Hierher gehört auch die Kündigung des Auftrags, Dienst- und Werkvertrags trotz sonstiger Unzulässigkeit aus wichtigen Gründen §§ 627 Abs 2, 671 Abs. 2, 723 Abs. 2 ferner das Kündigungsrecht des Mieters wegen Verweigerung der Erlaubnis zur Untermiete, sofern nicht in der Person des Untermieters ein wichtiger Grund vorliegt, nach § 549 Abs. 1. — Besonders deutlich zeigt sich die Vorbeugungstendenz bei dem Erlöschen des Pfandrechts des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters, indem der Vermieter der Entfernung nicht widersprechen darf, wenn die zurückgebliebenen Sachen zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreichen (§ 560 Satz 2). Man kann auf dem Gebiete des Rechtes der Schuldverhältnisse endlich die Vorschrift des § 343, wonach eine unverhältnismässig hohe verwirkte Vertragsstrafe auf schuldnerischen Antrag durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden kann, als eine der Chikane vorbeugende ansehen.

Auch im allgemeinen Teil finden wir eine vom gleichen Grundsatz beherrschte Bestimmung, nämlich die des § 228: „Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem Andern abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn — — — erforderlich ist und der Schaden nicht ausser Verhältnis zu der Gefahr steht".

Wie schon oben erwähnt, ist der Chikane auf dem Gebiete des Sachenrechts in ungleich grösserem Massstabe — bedingt ist das durch die Natur der dinglichen Rechte Tür und Tor geöffnet. Wir finden daher dort auch eine grössere Anzahl ihr vorbeugender Bestimmungen und naturgemäss die meisten auf dem Gebiete des Rechtes der Grundstücke. Doch sei zuvor noch eine Vorschrift aus dem Gebiet des Besitzes erwähnt. § 867 Satz 1 bestimmt, dass der Besitzer, auf dessen Grundstück eine Sache und zwar in die Gewalt ihres Besitzers gelangt ist, diesem die Aufsuchung und Wegschaffung zu gestatten habe. Aus dem Eigentumsrecht ist die Vorschrift des § 409 Satz 4 hervorzuheben, wonach der Eigentümer einer Sache nicht berechtigt ist, die Einwirkung eines Andern auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung notwendig ist und der drohende Schade gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismässig gross ist. Sodann aus dem Gebiete des Nachbarrechts § 905,1, den wir bereits bei der allgemeinen Erörterung über die Vorbeugung gegenüber der Chikane kennen lernten. Hierher gehören ferner die vielfachen Beschränkungen des Eigentums zu Gunsten des Nachbarrechts in den §§ 906—926.

Wir brauchen, um zu zeigen, in wie weitem Masse diese Bestimmungen geeignet sind, der Chikane vorzubeugen, nur eine herauszugreifen. So schreibt § 906 vor, dass der Eigentümer die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch u. s. w., welche von einem anderen Grundstück ausgehen, insoweit nicht verbieten darf, als die Einwirkung die Benutzung

seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt u. s. w. Den gleichen Grundsatz finden wir in § 910 Abs. 2, wonach der Eigentümer eingedrungene Wurzeln und Zweige nicht beseitigen darf, wenn sie die Benutzung des Grundstücks nicht beeinträchtigen. Aus dem Sachenrecht sind ferner folgende Vorschriften zu erwähnen: In § 269 wird festgesetzt, dass der Eigenfümer eines Bienenschwarms bei der Verfolgung fremde Grundstücke betreten darf, nach § 997 darf der Besitzer, wenn er mit der Sache eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden hat, diese abtrennen und sich aneignen. Das Recht ist aber ausgeschlossen, wenn — — — die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat oder ihm mindestens der Wert erstattet wird, den der Bestandteil nach der Abtrennung für ihn haben würde. § 1246 Abs. 1 schreibt vor, jeder der Beteiligten könne verlangen, dass, wenn eine von den Vorschriften der §§ 1235 1240 abweichende Art des Pfandverkaufs dem billigen Ermessen der Beteiligten entspricht, der Verkauf auf diese Art vorgenommen werde.

Auf dem Gebiete des Familienrechts fliessen aus demselben Prinzip der § 1379, wonach, wenn zur ordnungsmässigen Verwaltung des eingebrachten Guts ein Rechtsgeschäft erforderlich ist, zu dem der Mann der Zustimmung der Frau bedarf, und diese sie ohne ausreichenden Grund verweigert, die Zustimmung auf Antrag des Mannes durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden kann; dann der § 1042, worin derselbe Ersatz der Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht bei grundloser Verweigerung der Zustimmung

durch den Mann bei ordnungsmässiger Besorgung der persönlichen Angelegenheiten der Frau angeordnet wird; der § 1447, welcher dasselbe wie § 1379 für die ordnungsmässige Verwaltung des Gesammtgutes vorschreibt; der § 1308, welcher den Ersatz der elterlichen Einwilligung zur Ehe dem volljährigen Kinde auf Antrag zulässt, falls die Eltern dieselbe verweigern. Endlich kann nach § 1727 auf Antrag des unehelichen Kindes, wenn die Einwilligung zur Ehelichkeitserklärung von der Mutter verweigert wird, diese durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn das Unterbleiben der Ehelichkeitserklärung dem Kinde zum unverhältnismässigen Nachteil gereichen würde.

Aus dem Erbrecht ist § 2170 hierher zu rechnen, wonach der Beschwerte dem Vermächtnisnehmer den Gegenstand des Vermächtnisses, der zur Zeit des Erbfalles nicht zur Erbschaft gehört, zu verschaffen hat, sich durch Entrichtung des Wertes befreien kann, wenn die Verschaffung nur mit unverhältnismässigen Aufwendungen möglich ist. Nach § 2217 hat der Testamentsvollstrecker Gegenstände, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht bedarf, dem Erben auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlassen; mit der Überlassung erlischt sein Recht der Verwaltung dieser Gegenstände.

Alle bisher erwähnten Vorschriften haben folgendes gemeinsam: immer ist entweder das Interesse ein unerhebliches, die Aufwendungen sind unverhältnismässig gross, die Beeinträchtigung ist nur unwesentlich oder kurz gesagt, es handelt sich stets auf der einen Seite um ein grosses zu schützendes Interesse, auf der an-

deren Seite um ein widerstrebendes, unbedeutendes, das trotzdem mit Nachdruck geltend gemacht wird. Zweck der Vorschriften ist daher einerseits Schutz der überwiegenden Interessen, andererseits Zurückdrängung des Egoismus und viel mehr noch der Chikane. Für den Rechtsumfang entscheiden stets objektive Gesichtspunkte.

Andererseits finden wir aber auch eine Reihe von Vorschriften, die der sich direkt als Missbrauch eines Rechts darstellenden Ausübung bei prinzipiell weiter Begrenzung des Rechts steuern. Hierher gehören namentlich familienrechtliche Vorschriften. So ist nach § 1353 Abs. 2 der andere Ehegatte nicht verpflichtet, wenn sich das Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der Gemeinscheft als Missbrauch seines Rechtes darstellt, dem Verlangen Folge zu leisten. In gleicher Weise braucht nach § 1354 Abs. 2 die Frau der missbräuchlichen Entscheidung aller das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten durch den Mann nicht nachzukommen. Nach § 1357 hat der Mann das Recht, die Frau in ihrer Schlüsselgewalt zu beschränken oder sie von derselben auszuschliessen. Stellt sich die Beschränkung etc. als Missbrauch seines Rechtes dar, so kann sie auf Antrag der Frau vom Vormundschaftsgericht aufgehoben werden. In gleicher Weise kann das Vormundschaftsgericht die Zustimmung des Mannes im Falle des § 1358 ersetzen, wenn sich die Verweigerung seiner Zustimmung als Missbrauch seines Rechtes darstellt. Als Missbrauch im höchsten Masse ist es anzusehen, wenn der Mann eine Verminderung des Gesamtgutes in der Absicht, die Frau

zu benachteiligen, vorgenommen hat (hierfür hat er nach § 1356 Ersatz zu leisten).

Endlich sind hier die beiden Vorschriften der §§ 2287, 2288 zu erwähnen, wonach der Erblasser, der nach § 2286 durch den Erbvertrag in der rechtsgeschäftlichen Verfügung über sein Vermögen unter Lebenden grundsätzlich nicht beschränkt ist, gewisse Verfügungen unter Lebenden (Schenkung, Veräusserung, Belastung, Zerstörung, Beiseiteschaffung u. s. w.), die er in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, vorgenommen hat, diesem je nach dem Wertersatz zu leisten, den Gegenstand lastenfrei zu verschaffen hat. Auch kann der Bedachte von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung verlangen u. s. w.

Wie bei den zuerst erwähnten Vorschriften soll auch bei letzteren dem Egoismus, der sich in einer zu starken Betonung des objektiv geringen eigenen Interesses zeigt, gesteuert werden. Die familienrechtlichen Vorschriften gehen weiter, sie reden von Missbrauch. Darunter fällt nicht nur der Egoismus, sondern auch die chikanöse Rechtsausübung. Der Missbrauch stellt sich also als nicht den Zwecken des Rechts entsprechende „Rechtsausübung" dar.[1] Das entscheidende objektive Moment sind hier die sittlichen Grundsätze.

Es vernotwendigt sich, auf die Ausführungen Ramdohrs einzugehen, der es für unzulässig erklärt, dem Chikaneverbot des § 226 BGB., „einem einheit-

1) Blümner S. 149.

lichen, in sich abgeschlossenen Rechtssatz mit Gültigkeit für das gesamte Gebiet des Privatrechts“ noch eine Reihe sonstiger Bestimmungen als spezielle Chikanevorschriften an die Seite zu stellen.[1]

Wir geben Ramdohr darin vollkommen Recht, dass mit solchen Vergleichungen nicht das Mindeste gewonnen wird, wohl aber die Gefahr erwächst, dass in missverständlicher Auslegung die Sonderbestimmungen der einen Norm auf eine andere übertragen werden. Wir haben aber auch nirgend gefunden, dass man den Versuch gemacht hat, dem § 226 spezielle Chikanevorschriften an die Seite zu stellen. Ramdohr eod. giebt selbst zu, dass die vorher namhaft gemachten Vorschriften ähnliche Zwecke verfolgen — wir versuchten nachzuweisen, dass sie der Chikane vorbeugen — aber sich nicht mit ihr decken. Das hat aber auch niemand behauptet! Wäre das der Fall, so würden sie allerdings überflüssige Wiederholungen bilden. Einen solchen faux-pas darf man doch dem Gesetzgeber nicht zutrauen. Warum ihn dagegen bei Gestaltung dieser Bestimmungen der „Grundsatz der Ausschliessung chikanöser Rechtsausübung“[2] nicht geleitet haben soll, ist uns unerfindlich. Wir meinen gerade, dies sei der Fall gewesen. Ramdohr führt dann eine ganze Reihe der von uns als der Chikane vorbeugend bezeichneten Bestimmungen an und sucht nachzuweisen, dass sie auf ganz anderen Grundlagen beruhen, wie § 226. Natür-

1) Ramdohr S. 591.
2) cf. v. Jacubezky S. 596.

lich! Wir greifen nur eine Norm hier heraus, die Ramdohr als der Bestimmung des § 226 am meisten sich nähernd bezeichnet, nämlich die von uns angeführten Vorschriften aus dem Familienrecht, bei denen die Ausübung eines Rechts für unzulässig erklärt wird, wenn sie sich unter den obwaltenden Umständen als Missbrauch darstellt. (§§ 1353, 1354, 1357, 1358 BGB.)

Es bedarf zur Anwendung dieser Vorschriften allerdings nicht einer Rechtsausübung, welche nur den Zweck haben kann, dem anderen Ehegatten Schaden zuzufügen. Der Begriff des Missbrauchs ist hier natürlich ein anderer, als bei chikanöser Rechtsausübung (vgl. oben § 3). Bei den angeführten Vorschriften liegt ein Missbrauch auch vor, wenn der eine Ehegatte, von Schädigungszwecken ganz abgesehen, in zu stark betontem eigenem Interesse handelt, wie wir sahen. Als Elemente des Begriffes des böswilligen Rechtsmissbrauchs (Chikane) hatten wir festgestellt: 1. Ausübung eines Rechts, 2. mit dem Zweck einen Andern zu schaden. Dass die Chikane nicht auch unter den Begriff „Missbrauch" in den erwähnten Paragraphen fällt, wird niemand behaupten wollen. Der Begriff Missbrauch ist bei der Chikane nur viel enger. Auf die Gründe, weshalb er im Eherecht weiter ist, brauchen wir nicht näher einzugehen; sie erklären sich aus der Besonderheit des Instituts der Ehe als einer vornehmlich auf sitttlichen Grundlagen beruhenden Einrichtung. Die Grundsätze der Sittlichkeit und Moral äussern daher hier im Eherecht im weitesten

Massstabe ihren Einfluss. Weil nun eine chikanöse Rechtsausübung sich als Missbrauch darstellt, so fällt sie naturgemäss unter den Missbrauch im eherechtlichen Sinne, bildet gewissermassen einen Teil derselben. Dass ihr ebenso wie dem sonstigen Missbrauch vorgebeugt wird durch die angezogenen Bestimmungen, liegt auf der Hand. Deshalb braucht man sie aber nicht mit der in dieser Hinsicht viel enger gefassten Vorschrift des § 226 auf eine Stufe zu bringen. Das wäre nach den von Ramdohr selbst angegebenen Gründen allerdings ein Unding.

D. Das Chikaneverbot des § 226.

Ausser den Vorschriften, welche der Chikane vorbeugen sollen, gibt es im BGB. (abweichend von den Entwürfen, wie oben gezeigt) eine Spezialvorschrift, das Chikaneverbot des § 226: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen.“ Mit ihr haben wir uns des Näheren zu beschäftigen.

Wir verstanden unter chikanöser Rechtsausübung die Ausübung eines Rechts mit dem Zweck, einem Andern zu schaden. Wie ein Blick auf den Wortlaut des § 226 zeigt, ist er bedeutend enger gefasst. Nicht alle Fälle, die sich nach unserer Definition als chikanöse Rechtsausübung darstellen, lassen sich unter ihr subsumieren. Er trifft nur diejenigen Rechtsausübungen, die nach den Umständen jeden anderen als den

Chikanezweck ausschliessen, wo die Ausübung nur den Schädigungszweck haben kann.[1] Der Zweck muss sich objektiv aus den Umständen des Falls ergeben, denn „das Gesetz will nicht, dass, wenn die Ausübung verschiedene Zwecke haben kann, eine psychologische Untersuchung darüber stattfinde, welchen Zweck der Berechtigte in Wirklichkeit verfolgt hat".[2]

Unter 226 fällt also einmal nicht die chikanöse Rechtsausübung, bei welchem objektiv aus den Umständen des Falls die Auschliesslichkeit des Schädigungszwecks nicht bewiesen werden kann, andererseits diejenige nicht, welche neben dem Chikanezweck auch eigene Interessen im Auge hat. Hiermit also schon ergiebt sich eine Einschränkung der Tragweite des § 226. — Zu demselben Resultat gelangt man durch die Auslegung des Wortes „nur". — Dieses hat offenbar eine doppelte Bedeutung, einmal hat man zusammenzunehmen: ein Verhalten, das nur den Zweck haben kann; hierdurch wird also jeder andere Zweck ausgeschlossen. Ist doch ein solcher vorhanden, so ist die Rechtsausübung nicht unzulässig. Hierher würde der Fall gehören, dass zwar Hauptzweck der Rechtsausübung der ist, einem Andern zu schaden, aber nicht der ausschliessliche. Natürlich darf der in letzter Linie zu erreichende Zweck nicht wiederum der Schadenszweck des Andern sein, dann würde § 226 Platz greifen. Hiernach würden die von Bauke[3]

1) Planck S. 279 zu § 226

2) cf. hierzu Goldmann-Lilienthal S. 276 oben, Hachenburg S. 70; so schon für das gemeine Recht Windscheid Pand. I S 342.

3) Bauke S. 11

angeführten Beispiele nicht unter § 226 fallen, wenn sie sich auch als chikanöse Rechtsausübung darstellen, aber nicht als solche, auf welche das Recht reagiert: nämlich einmal, wenn bei der Rechtsausübung die Triebfeder zwar lediglich Bosheit ist, die Ausübung aber Andern zu gute kommt.

Dass in den von Bauke a. a. O. gewählten Beispielen (Veräusserungen mit dem Zweck, jemanden zu ärgern), nach dem von uns festgestellten allgemeinen Begriff Chikane vorliegt, ist nicht zu bezweifeln. Ebensowenig aber ist zweifelhaft, dass diese Fälle nicht unter § 226 BGB. fallen, denn keinesfalls kann in dem einen oder dem anderen Fall die Veräusserung nur den Zweck haben, einem andern zu schaden, und ist jeder andere Zweck ausgeschlossen; im Gegenteil, bei jeder Veräusserung — namentlich aber in den beiden von Bauke erwähnten Fällen — ist neben dem Zweck der Schadenszufügung noch ein anderer, sei er, welcher er wolle, vorhanden.[1]

Bauke untersucht ferner a. a. O., ob bei Ausübung von Pflichten Chikane denkbar ist. Natürlich kann man auch eine Pflicht zur Chikane nach der allgemeinen Begriffsnormierung ausüben, vorausgesetzt, dass in der Pflichtausübung eine Rechtsausübung liegt. Doch ist es gerade bei Ausübung einer Pflicht undenkbar, dass sie nur den Zweck haben kann, einem anderen zu schaden; selbst wenn dieser Zweck haupt-

1) Nach Crome II. 1, S. 20 reicht das Chikaneverbot für die Fälle nicht aus, wo nicht die Absicht zu schaden, sondern wohlmeinende Absicht vorliegt. Natürlich nicht! wenn nicht einmal die Absicht zu schaden vorhanden ist, kann doch § 226 überhaupt nicht in Betracht kommen.

sächlich vorhanden sein sollte, so liegt schon in dem Begriff „Ausübung einer Pflicht", dass der Schadenszweck nicht der ausschliessliche sein kann, sondern dass stets neben ihm der Zweck, der auferlegten Pflicht zu genügen, besteht.

Keine Chikane liegt nach den obigen Ausführungen vor, wenn die Ausübung zur Abwendung von Schaden erfolgt, auch wenn dieser nur mit dem Schaden des Anderen möglich ist.[1] Hölder bemerkt Folgendes:[2] „Die Worte des Gesetzes können ein Verhalten bedeuten, das einen anderen Zweck nicht haben kann. Dieser Sinn derselben ist aber aus sachlichen Gründen ausgeschlossen" und führt dazu aus, dass kein Verhalten einen Erfolg habe, dessen einzige Eigenschaft die durch denselben gegebene Benachteiligung eines Anderen sei. Daher gebe es kein Verhalten, das einen anderen Zweck als denjenigen der Benachteiligung eines Andern nicht haben könne. Wäre daher durch die Möglichkeit eines anderen Zwecks die Anwendung des § 226 ausgeschlossen, könne er nie zur Anwendung gelangen. Wir halten dies für eine irrtümliche Auffassung, denn mögen zwar die Fälle sehr selten sein, wo einzig und allein der Zweck der Rechtsausübung Schädigung ist so sind doch Fälle der Art, wie wir an dem weiter oben angeführten Beispiel der lediglich zu Schädigungszwecken erbauten Mauer zeigten, denkbar. Eine Auffassung des „nur" zur Bezeichnung eines Verhaltens

1) cf. Neumann § 226 1 b., Blümner S. 150.
2) Hölder S. 457. 3 a.

das einen anderen Zweck nicht haben kann, ist daher sehr wohl möglich.

Andererseits hat man die Worte „nur“ und „kann“ zusammenzunehmen; der Sinn wäre dann der, dass jede andere Auffassung der Rechtsausübung ausgeschlossen ist; es wird also ein Verhalten charakterisiert, das den chikanösen Zweck haben muss und bei dem es unmöglich ist, dass es jenen Zweck nicht haben kann.

Auch hier glauben wir den Ausführungen Hölders[1] entgegentreten zu müssen, welcher meint, der Schädigungserfolg müsse der Hauptzweck sein; er dürfe weder ein blosser Teil des Zwecks, noch ein blosser Nebenteil desselben sein. Dies ist einmal irrig. Denn eine Ausübung, die keinen andern Zweck haben kann, kann auch keinen Nebenzweck haben. Hätte sie den, so wäre die Ausübung eben nicht eine solche, die nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen und würde daher garnicht von § 226 berührt werden. Andererseits soll nicht der Erfolg getroffen werden, sondern der Zweck. Ob der Erfolg eintritt, ist, wie wir weiter oben sahen, nebensächlich. Wollte man soweit gehen, so müsste bei einer Klage (der gerichtlichen Geltendmachung eines Rechts) aus Chikane erst der Prozess zu Ende geführt, sogar die Zwangsvollstreckung abgewartet werden.[2] Wie gesagt, ist bei der Chikane der Zweck das wesentliche, „sie ist als Delikt gedacht, vollendet, auch ohne dass

1) Hölder S. 457, 3 b.

2) Auch Rewoldt S. 678 ist derselben irrigen Ansicht wie Hölder.

ihr Zweck erreicht ist".[1] Der Richter darf nicht aus der Tatsache des Ausschlusses einer anderen Möglichkeit auf die Tatsache schliessen, dass die Ausübung im jeweilig vorliegenden Fall keinen anderen als den Schädigungszweck habe; für ihn genügt die Feststellung, dass die Ausübung nur die Auffassung ermöglicht, dass sie nur zum Zweck der Schädigung des Anderen vorgenommen ist. Objektiv muss sich also für ihn aus allen Umständen des Falls ergeben, dass ein anderer als der Schädigungszweck ausgeschlossen sei. Diese Umstände, also die Möglichkeit oder Unmöglichkeit des Zwecks sind Gegenstand des Beweises, nicht der Zweck selbst der Handlung. Eine Eideszuschiebung über Möglichkeiten ist nach § 445 CPO. unzulässig. Auf den Zweck kommt es nicht an, daher kann auch hierüber kein Eid zugeschoben werden.[2]

Auf eins möchten wir noch hinweisen, d. i. der Ausdruck „unzulässig".[3] Wie wir sahen, wird vom Gesetz nicht jede chikanöse Rechtsausübung, sondern nur die, welche nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen, für unzulässig erklärt. Kann die Rechtsausübung aber nur den Schadenszweck haben, so wird sie nicht zugelassen, „wer sie vornimmt, steht mit seinem Handeln im Widerspruch mit dem

1) cf. Blümner S. 135.

2) cf. Blümner S. 151, Crome S. 531, Planck S. 279, Neumann S 121 1 a zu § 226; Dernburg BGB S. 160.

3) Hachenburg S 70.

4) Der Ausdruck unzulässig ist sonst noch enthalten in den §§ 180, 567, 867, 906, 907, 980, 1014, 1052, 1067, 1640 BGB., §§ 15, 61, 189, 200 EG. z. BGB.

positiven Recht, handelt widerrechtlich".[1] Die Ausübung des Rechts also ist rechtlich beschränkt. Ist aber auch das Recht selbst eingeschräekt? Es könnte auf den ersten Blick so scheinen.[2] Hölder[3] bemerkt hierzu: „Die rechtliche Beschränkung der Ausübung eines Rechts ist eine Beschränkung seines Inhalts, wie sie für jedes zu einem bestimmten Verhalten befugende Recht sich dadurch ergibt, dass es nicht befugt zu einem verbotenen Verhalten." Ganz entschieden ein Trugschluss Hölders. Wenn ein Recht zu einem bestimmten Verhalten befugt, so ist eben der Inhalt dieses Rechts dies bestimmte Verhalten. Übe ich den Inhalt dieses Rechts seinem ganzen Umfange nach aus, so kann ich nie etwas Verbotenes tun. Erst wenn ich über die Grenzen des Umfanges dieses Rechts hinausgehe, wird mein Tun verbotenes Tun. Gehe ich aber über die Grenzen des Umfanges eines Rechts hinaus, so übe ich mehr aus als das Recht, erst durch dies Verhalten, die erweiterte Ausübung wird die Ausübung eine verbotene, das Recht aber bleibt seinem ganzen Umfange nach bestehen. Daraus folgt, dass, wenn die Ausübung eines Rechts beschränkt wird, das Recht selbst seinem Inhalte nach nicht angetastet wird; im Gegenteil! Obwohl die Ausübung des Rechts beschränkt wird, besteht der Inhalt voll und ganz fort. — Die praktische Anwendung auf § 226 ergibt sich daraus von selbst. —

---

1) Blümner S. 151.
2) cf. hierzu die diesbezüglichen Ausführungen im § 1.
3) Hölder S. 455 unten.

Klar ausgesprochen ist dies bei Crome[1]: „Diese Vorschrift trifft zwar nicht das subjektive Recht in seinem Bestande, sondern nur dessen Ausübung usf.“ Nicht daraus, dass das Recht selbst in seinem Bestande beschränkt ist, folgt die Widerrechtlichkeit des Handelns gegen § 226, sondern aus dem Begriff „unzulässig“, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird.

Endemann[2] äussert sich wie folgt: „Der böswillige Rechtsmissbrauch wird für unzulässig erklärt.“ Dieser nichttechnische Ausdruck kann nicht gut etwas anderes als widerrechtlich bedeuten. Denn wenn man über die gestatteten Grenzen seiner Rechtsmacht hinausgeht, und dabei Andern einen Schaden zufügt, so greift man in die fremde Rechtssphäre unberechtigt ein.“ Demnach bedeutete also „unzulässig“ dasselbe wie „widerrechtlich“ und es wäre reine Willkür des Gesetzgebers, dass er für „unzulässig“ an anderen Stellen (§ 227. 823. 858) „widerrechtlich“ gesetzt hätte? Das ist doch kaum anzunehmen. § 823 besagt: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben usw. verletzt, handelt widerrechtlich.“ Was widerrechtlich ist, ist hier so wenig wie an einer der andern Stellen erörtert. Es bedeutet wörtlich alles, was wider das Recht ist. § 227 enthält den Ausdruck in negativer Form, also eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht wider das Recht, schliesst daher die Schadensersatzpflicht aus. In § 858 ist das widerrechtlich durch den Ausdruck „verbotene (Eigenmacht)“ erklärt. „Verboten“ entspricht also scheinbar dem „unzulässig“.

1) Crome I S. 187.
2) S. 360. 1.

Eine einheitliche Definition des „widerrechtlich" ist abgesehen von der oben wiedergegebenen allgemeinen wegen seiner verschiedenen Bedeutungen nicht möglich. Unseres Erachtens hat unzulässiges ebenso wie verbotenes Handeln die Widerrechtlichkeit zur Folge. Widerrechtlich handelt erst, wer das tut, was das Gesetz für unzulässig erklärt hat. Daher ist in § 226 „unzulässig" der einzig passende Ausdruck und Endemann a. a. O. nicht beizustimmen. Es wäre direkt unlogisch, wollte man dort „widerrechtlich" setzen; man würde die Folgen der Unzulässigkeit statt dieser selbst bezeichnen. Andererseits wäre, wenn jemand ein Recht im Klagewege aus Chikane verfolgt, diese Klage nicht widerrechtlich, wider das Recht, sondern nur unzulässig. Beklagter kann sie mit dem Einwand, dass Kläger sein Recht nur aus Chikane geltend mache, abwehren.[1]

Es sei hier erörtert, dass die Anwendung des § 226 natürlich überall da ausgeschlossen ist, wo der Geschädigte in den Schaden eingewilligt hat; so bei der Alternativ-Obligation. Selbst wenn jemand als Berechtigter von seinem Wahlrecht in chakanöser Weise durch Wahl des dem Verpflichteten unangenehmen Wahlobjekts Gebrauch macht, wird der Richter den Einwand chikanöser Rechtsausübung zurückweisen müssen: volenti non fit injuria. Allerdings ist hier zu bemerken, dass der Berechtigte wohl immer einen Vorteil durch die Ausübung seines Wahlrechts hat; damit wäre der Einwand aus § 226 von selbst hinfällig.

1) cf. hierüber Blümner S. 154 ff., Knuth S. 59 Anm. 1.

§ 6.

Ueber die Ausübung der Rechte.

Wir wollen im Folgenden untersuchen, was man unter Ausübung eines Rechts zu verstehen hat. Dieser Ausdruck[1] ist im BGB. an keiner Stelle definiert, die Definition ist der Wissenschaft überlassen. Dass die Frage, was man unter Ausübung eines Rechts zu verstehen hat, von eminenter Wichtigkeit für die Auslegung des § 226 ist, ist klar, denn danach entscheidet es sich, ob eine chikanöse Handlung für unzulässig erklärt werden kann oder nicht, jenachdem sie sich als Rechtsausübung darstellt oder nicht.

Die Lehre von der Ausübung der Rechte deckt sich im Wesentlichen mit der Lehre von den Rechten im subjektiven Sinne, daher werden sich die folgenden Ausführungen an die über jene herrschende Lehre anschliessen.

In den Quellen finden wir keine wissenschaftliche Definition der Rechtsausübung. Dort heisst es: jure suo uti l. 55. D. de r. j. 50, 17, l. 255 § 1 eod. Der Ausdruck wird dort entsprechend der im Text befindlichen Definition negativ aufgelöst in id facit, quod facere jus non habet (l. 151 eod.). Eine Definition kann man das nicht nennen. Die Schriftsteller äussern sich verschieden, die einfachste Definition gibt

2) Der Ausdruck findet sich im BGB. noch in den §§: 38, 95, 273, 355, 498, 499, 503, 505 bis 507, 510, 552, 577, 578, 835, 837, 839, 856, 860, 900, 955, 988, 1018, 1020, 1023 bis 1026, 1029, 1036, 1050, 1052, 1059, 1070, 1092, 1098, 1099, 1109, 1657, 1664, 1677, 1685, 1689, 2034, 2299, §§ 71, 77, 191, EG. z. BGB.

Wendt[1] „die Ausübung eines Rechts heisst jede Thätigkeit, zu welcher das Recht die Befugnis gewährt".[2] Das ist aber einfach eine Umschreibung des Ausdrucks Ausübung. Wichtig ist die Windscheid'sche Definition:[3] „Der Berechtigte übt sein Recht aus, indem er den seinem Rechte entsprechenden Zustand kraft seines Rechtes verwirklicht". Hier ist die Richtung der vom Berechtigten ausgeübten Tätigkeit durch die Worte „den seinem Rechte entsprechenden Zustand verwirklicht", angegeben. Der Windscheid'schen gleicht am meisten die Definition Endemann's,[4] wonach ein subjektives Recht bestimmungsgemäss ausgeübt wird durch die Herstellung des ihm entsprechenden tatsächlichen und rechtlichen Zustandes.[5] Andere Schriftsteller charakterisieren rechtlich die Tätigkeit des ein Recht Ausübenden in ihren Definitionen. Wir greifen nur eine, die von Sintenis, heraus.[6] „Unter Ausübung eines Rechts ist jede Äusserung des Willens zu verstehen, welcher vermöge des Begriffs des Rechts als ein rechtlicher erscheint".[7] Den Inhalt der Rechtsausübung geben die Definitionen von Dernburg und Regelsberger wieder. Dernburg[8] schreibt: „Ausübung der Rechte ist die Aus-

1) Wendt, § 10 S. 20.
2) Ähnlich Hölder S. 455 1.
3) Windscheid I § 121.
4) Endemann I S. 356. § 84 I 1.
5) Ganz ähnlich Crome S. 529: Ein Recht ist im Zustande der Ausübung, wenn die tatsächlichen Umstände dem Inhalte des Rechts entsprechen.
6) Sintenis S. 232.
7) Ähnlich Arndts Pand. S. 155, Böcking § 128.
8) Dernburg, Pand. S. 92.

nutzung mittels Handelns und Unterlassens,[1] bestehe sie nun in dem Genuss des durch sie gewährten Lebensgutes oder in ihrer Geltendmachung und gerichtlichen Verfolgung".[1] Hier also finden wir eine Dreiteilung der Genuss u. s. w., d. h. einfache Ausübung, sodann Geltendmachung und zwar aussergerichtliche und gerichtliche Verfolgung.

Die zuerst genannten Definitionen geben nicht wie die letzteren den Inhalt der Rechtsausübung im einzelnen an, sondern nur die Richtung, um zu entscheiden, ob eine Handlung sich im konkreten Fall als Rechtsausübung darstellt oder nicht. Erstere sind letzteren Definitionen vorzuziehen, weil die in ihnen enthaltene Dreiteilung nicht haltbar erscheint. — Darüber herrscht kein Zweifel, dass jedes Recht im subjektiven Sinne eine einfache friedliche Ausübung und eine gerichtliche Geltendmachung zulässt. Dagegen gibt es keine dritte Art der Geltendmachung. Wer sich aussergerichtlich dem Gegner gegenüber auf sein Recht beruft, übt damit mein Recht nicht aus. Rechtsausübung setzt voraus, dass die vorgenommene Handlung unmittelbar auf Verwirklichung des Rechts geht; aussergerichtliche Geltendmachung, ein Betonen des Rechts dem Gegner gegenüber ist keine Verwirklichung des Rechts, sondern nur ein Schritt zu ihr.[2] Es gibt also nur einfache Ausübung und gerichtliche Geltendmachung.[3]

---

1) Ähnlich Regelsberger § 54 S. 228 u. A.

2) cf. Blümner's treffendes Beispiel S. 158.

3) Über die Bedeutung der Mahnung, Kündigung, Protestation als Rechtsausübung cf. Blümner S. 159 f.

Auch eine Zweiteilung der Rechtsausübung in friedlicher Ausübnng und gerichtlicher Geltendmachung erscheint nicht sonderlich praktisch, weil sie eine Antwort auf die Frage, „wie" man sein Recht geniesst, nicht gibt. Die Windscheid'sche Definition ist die zutreffendste. Der Zusatz „kraft seines Rechts" ist nicht notwendig, er erklärt das „Woher", während wir uns für das „Wie" interessieren. Wir definieren daher: jemand übt sein Recht aus, indem er den seinem Rechte entsprechenden Zustand verwirklicht.

Im Folgenden einiges über die einzelnen Erfordernisse der Rechtsausübung: dass ein Recht im subjektivem Sinne erforderlich ist, ist selbstverständlich. Ferner bedarf es einer Tätigkeit des Ausübenden, und zwar muss diese Tätigkeit sich als für die Aussenwelt erkennbar darstellen. Hierunter fällt ausser dem körperlichen Handeln auch die Sinnestätigkeit. Doch sind rein seelische Vorgänge belanglos; zwar ist dies nicht aus dem Begriff der Ausübung an sich zu schliessen, aber daraus erklärlich, dass die Rechtsordnung die Rechtsfolge von äusseren Lebensvorgängen abhängig macht, auf innere Vorgänge aber nur ausnahmsweise Rücksicht nimmt (so im § 226), dann aber ausdrücklich hinzufügt, dass jene in Betracht kommen. Das Erfordernis einer Tätigkeit des Ausübenden ist bestritten. Sintenis[1] äussert sich wie folgt: „Die Ausübung steht in dieser Beziehung zu den Rechten selbst in dem Verhältnis, dass eine solche bei vielen Rechten äusserlich oft garnicht hervortritt. Jedes Recht nämlich erscheint zuerst als ein ruhender Begriff, ver-

1) Sintenis S. 233.

sehen mit der Möglichkeit, ihm Anerkennung und Geltung zu verschaffen. Wird ihm nun dieselbe von den Seiten her, wo sie gefordert werden kann, zu teil, so kann von einer Ausübung des Rechts nur dann die Rede sein, wenn in Verbindung damit für den Berechtigten ein tatsächlicher Zustand in der äusseren Welt in Zusammenhang steht; dessen Dauer an sich nämlich, sein Festhalten und das sich Bewegen in ihm ist dann die Ausübung des Rechts", und zwar soll dies hauptsächlich für Rechtsverhältnisse mit unmittelbarem Bezug auf die Sachen Geltung haben. Sintenis hält also die Ausübung eines Rechts im ruhenden Zustand für möglich. Nun definiert er aber a. a. O. die Ausübung eines Rechts als jede Äusserung des Wollens, welche vermöge des Begriffs des Rechts als ein rechtlicher erscheint, und fügt in einer Anmerkung eod. hinzu: „In dieser Begriffsbestimmung liegt, dass die Ausübung eines Rechts eine Handlung ist". Letzteres haben wir auch festgestellt, und für die Handlung äussere Erkennbarkeit gefordert. Dasselbe meint doch wohl Sintenis mit seinen Worten: dass Rechtsausübung eine Handlung sei. Darnach wäre es ein Widerspruch, wenn er eine Rechtsausübung im ruhenden Zustand für möglich hält. Die ruhende Ausübung Sintenis ist u. E. so zu verstehen, dass die Dauer des tatsächlichen Zustandes in der äusseren Welt, sein Festhalten und das sich in ihm Bewegen vereint die Ausübung darstellen soll. Ein sich in einem Zustand Bewegen, auch in gewisser Beziehung ein Festhalten stellt sich aber als Tätigkeit dar, und zwar als eine äusserlich erkennbare. Demnach wäre

also Rechtsausübung doch Tätigkeit. Sieht man andererseits mit Sintenis schon in der Dauer des tatsächlichen Zustandes Rechtsausübung, so steht damit, wie auch mit dem vorhin Angeführten, seine Definition als Willensäusserung, in welcher Begriffsbestimmung laut Anm. 1 eine Handlung liegt, in Widerspruch. Dass eine Rechtsausübung schon in der blossen Dauer eines äusseren Zustandes liegen soll, dass man z. B. sein Eigentumsrecht an einer Sache schon durch die Anerkennung seiner Mitmenschen und damit im Zusammenhang stehenden Zustand in der äusseren Welt ausübe, entspricht ganz und gar nicht dem Rechtsgefühl. Zur Ausübung ist unbedingt eine Tätigkeit erforderlich und nach dem Gesagten Rechtsausübung im ruhenden Zustand nicht denkbar.

Sodann ist zu erörtern, welche Willensäusserungen oder Handlungen die Ausübung d. h. Verwirklichung eines Rechts enthalten. Die beiden Formen der Rechtsausübung (friedliche und gerichtliche) Geltendmachung erwähnten wir bereits. Dass in letzteren eine Rechtsausübung zu erblicken ist, ist klar und wird nirgends bezweifelt. Bei der friedlichen Geltendmachung hingegen herrscht Zwiespalt. Darüber ist man sich allerdings einig, dass von Rechtsausübung nur dann die Rede sein kann, wenn das Recht selbst entstanden ist, und dass jede auf Begründung eines Rechts gerichtete Handlung sich nicht als Ausübung dieses, sondern höchstens eines anderen Rechtes darstellt.

Man übt in friedlicher Weise sein Recht aus, indem man das tut, was zum Genuss des vom Recht Versprochenen führt, m. a. W. indem man das tut,

wodurch man sein Recht geniesst, überhaupt indem man sein Recht geniesst. Dies ist jedoch entgegen der herrschenden Lehre bestritten. Thon[1] sagt Folgendes: Die Rechtsordnung schaffe Recht lediglich durch den Erlass von Ge- und Verboten, erstere erstreben eine Änderung in den bisherigen Verhältnissen, wollen dem Geschützten die Möglichkeit eines künftigen Genusses verschaffen, schützen daher ein Interesse. Letztere bezwecken eine Erhaltung in den bisherigen Verhältnissen, wahren die Möglichkeit des Genusses des bisherigen Zustandes, schützen daher ein Gut. Die Rechtsordnung wirke lediglich mit ihren Imperativen, auf ihnen und ihrer Zurücknahme beruhe daher auch der gesamte Apparat zur Erzwingung der Norm bezw. Ahndung ihrer Verletzung. Folglich habe die Rechtsordnung mit dem Genusse, dessen Ermöglichung ihre Verbote bezwecken, nichts zu tun. „Der Genuss des rechtlich geschützten Gutes gehört niemals zum Inhalte des Rechts".[2] Der herrschenden Doktrin sei nach Thon eod. das Geniessendürfen Inhalt des Rechts, der erlaubte Genuss der persönlichen Güter Ausübung der Persönlichkeitsrechte, der Sache, Ausübung des Eigentums etc., und er stellt dann kurz folgende Behauptung auf:[3] Das Recht der Persönlichkeit bestehe aus der Gesamtheit der Verbote, welche gemeinsam die Unantastbarkeit der persönlichen Güter bezwecken. Zum Recht des Geschützten werde es,

---

1) Thon S. 288.

2) Anderer Ansicht die herrschende Lehre ders. wie Thon, Lenel S. 9 f., Kierulff S. 154, 308 ff.

3) Thon S. 291 ff.

insofern ihm zur Erzwingung jener Normen ein Anspruch gewährt werde. Die einzelnen Lebensäusserungen gingen das Recht nichts an. „Die Rechtsordnung braucht sie nicht erst zu erlauben, es genügt, dass sie dieselben nicht verbietet". Es wäre zwecklos, den Genuss der rechtlich beschützten Güter selbst als Recht oder Rechtsausübung aufzustellen. Täte man dies, so wären Unzuträglichkeiten aller Art die Folge, vor Allem setze man sich dadurch mit dem innersten Wesen des Rechts in Widerspruch. Die Rechtsordnung suche den der Norm unterworfenen Willen durch Gebote und Verbote zu bestimmen, „ein blosses Erlauben ist niemals Sache des Rechts".[1] Darum sei, was nicht verboten sei, erlaubt. Dagegen, wollte die Rechtsordnung erlauben, müsste sie auch die erlaubte Handlung gewährleisten, daher kümmere sie sich regelmässig nicht um den Genuss der Güter, weder um das „ob" noch um das „wie" desselben, sie räume die von anderen Personen unbefugt dem Genuss gestellten Hindernisse aus dem Wege u. s. w. Falls es ein Recht auf Genuss gebe, könnten Kinder und Wahnsinnige nicht geniessen. Rechtsausübung setze den Ausübungswillen voraus, dieser fehle bei ihnen, ihr Tun sei daher keine Rechtsausübung. Bei Feststellung der Unzuträglichkeiten der herrschenden Lehre käme man dahin, jedes verbotene Tun als Rechtsausübung zu bezeichnen und folgeweise von einer Unsumme von Rechten zu reden, vor deren Annahme unser Gefühl sich sträube, oder in leere und nichtige

1) Thon S. 292.

Unterscheidungen zu verfallen [1] Er bekämpft sodann die herrschende Lehre, dass ein dingliches Recht seinem Inhaber eine unmittelbare Herrschaft über die Sache verleihe, und der Gläubiger bei obligatorischen Verhältnissen lediglich mit der Person seines Schuldners zu tun habe. Schliesslich sagt er: [2] „Der Genuss des rechtlich geschützten Gutes ist Zweck, nicht Inhalt des Rechts".

Auf den ersten Blick scheinen die Thon'schen Auffassungen richtig zu sein, wenn man sie so auffasst, dass der Genuss insofern nicht zum Inhalt des Rechts gehört, als man ihn als durch das objektive Recht verliehen ansieht, also von der Auffassung Windscheid's über die subjektiven Rechte ausgeht.

Einmal jedoch ist es möglich, dass man sich auf einen anderen Standpunkt stellend den Genuss als zum Inhalt des Rechts gehörig konstruieren kann, andererseits kann die Thon'sche Lehre unrichtig sein; sie gipfelt darin, dass der Genuss eine dem Recht ganz gleichgültige Handlung sei, einerlei, ob das Recht ihn schützt oder nicht. Vom physischen Standpunkt aus ist dagegen nichts einzuwenden. In psychischer Hinsicht dagegen ist es etwas anderes, ob der Eigentümer seine eigene, über die er frei verfügen kann, oder der Dieb die gestohlene Sache geniesst. Ersterem ist der Rechtsschutz gewiss, letzterem fehlt er.[1] Wir gehen von dem Genuss willensfähiger Personen aus.

1) Thon S 296.

2) Thon S. 320

3) Auf den versuchten Gegenbeweis, dass Willensunfähige nicht in oben angegebener Weise verschieden geniessen können (Thon S. 294 ff.) vergl. weiter unten diesen Paragraphen.

Richtig ist, dass sich das Tun an sich nicht ändert, wohl aber das Bewusstsein, mit dem der Handelnde, Geniessende es vornimmt. Thon's Beispiele, wie Essen, Trinken, Atmen, Verdauen sind rechtlich irrelevante Vorgänge, (letztere können niemals ein Handeln im juristischen Sinne darstellen, weil man sie nicht hindern kann, sie ohne Zutun vor sich gehen). Um ein weiteres Beispiel zu nehmen, es ist abstrakt unerheblich, wenn man unter ein Schriftstück seinen Namen schreibt, welches die Verpflichtung ausspricht, dann und dann so und soviel zu zahlen, relativ aber hat die Unterschrift juristische Folgen. Der Unterschreibende wird aus dem Schriftstück zur Zahlung der angegebenen Summe verpflichtet, und zwar geschieht dies unter Einwirkung des Rechts, welches den dem Unterschreibenden gegenüber Berechtigten schützt, welcher in diesem Bewusstsein die Zahlung fordert, im Gegensatz zu dem, dem das Recht diesen Schutz nicht zusichert.[1] Zweifellos ist es tatsächlich dasselbe, ob der Eigentümer, der Besitzer (z. B. der Mieter) oder der Dieb von einer Sache Gebrauch macht, z. B. sie zerstört. Der Eigentümer zerstört in dem Bewusstsein, dass das Recht keine Folgen seiner Zerstörung festsetzt, der Mieter weiss, dass er für die Zerstörung schadensersatzpflichtig ist, der Dieb geniesst in rechtlicher Beziehung überhaupt nicht. Das positive Recht hat also Beziehungen zum Genuss, es beeinflusst, normiert ihn; und zwar in zweierlei Hinsicht, einmal wird er eben durch diesen Einfluss ein rechtlich nor-

1) cf. über dies Beispiel des näheren Blümner S. 169.

mierter, andererseits legt das Gesetz die Folgen der den Genuss herbeiführenden Vorgänge fest. Wen ein Recht in seinem Genusse schützt, dem steht das zwiefache Bewusstsein der Sicherheit und der Folgen zur Seite.

Festgestellt wurde also, dass der Genuss vom Recht insofern beeinflusst wird, als er von ihm Formen und Grenzen erhält. Daraus folgt, dass, wenn der Genuss vom Recht normiert ist, er auch Inhalt des Rechts ist oder „dass im Genuss eine Ausübung desjenigen Rchts lieget, welches diesen Genuss normiert".[1] Natürlich handelt es sich hier um die Ausübung eines subjektiven Rechts, nicht wie es scheinen könnte, eines objektiven. Zur grösseren Klarheit bedient man sich der Ausdrucksweise „Rechte in subjektivem und objektivem Sinne". Erstere sind die Rechtsnormen an sich, letztere dieselben, aber mit Beziehung auf ein Rechtsobjekt, eine Person. Wer also ein Recht im subjektiven Sinne hat, also etwas tut, was das Recht im objektiven Sinne regelt, z. B. etwas geniesst, tut das, was die Regeln festsetzen d. h. übt ihren Inhalt aus, geniesst ihn. Demnach ist Genuss Inhalt der Rechtsausübung.[2]

---

1) Blümner S. 171.

1) Derselben Ansicht, wie bereits erwähnt, Dernburg Pand. I § 41: „Ausübung der Rechte ist die Ausnutzung mittels Handelns oder Unterlassens, bestehe sie nun im Genuss u. s w." Dabei ist für Dernburg das Recht im subjektiven Sinne keineswegs identisch mit „Wollendürfen" (wie bei Puchta § 22. 118., Windscheid I § 37) also Darstellung eines Rechts im objektiven Sinne, wonach das Individuum handeln oder unterlassen darf.

Im einzelnen auf Thon's Sätze einzugehen, halten wir nicht für in den Rahmen unseres Vorwurfs fallend und verweisen daher auf Blümner's Ausführungen[1] z. B. die interessante Feststellung, dass das Zerstören der eigenen Sache Ausübung des Eigentumsrechts ist. Uns kam es darauf an, zu zeigen, dass man, um den Genuss als zur Ausübung eines Rechts im subjektiven Sinne gehörig bezeichnen zu können, ihn znm Inhalt dieses Rechts erheben muss, denn wir versuchten zu beweisen, dass wenn man sein Recht ausübt, man nicht das tut, was das Recht erlaubt, sondern was es sichert und normiert. Das objektive Recht hat diese Sicherung und Normierung des Genusses zum Zweck.

Wir versuchten festzustellen, dass der Berechtigte das Bewusstsein von der Sicherheit sowohl wie von der rechtlichen Normierung haben muss, um den Genuss als Rechtsausübung zu charakterisieren. Fehlen beide Fälle des Bewusstseins, also bei Willensunfähigen (seien sie dauernd unfähig, oder nur vorübergehend, weil den an sich Willensfähigen das Bewusstsein fehlt), so kann der Genuss keine Rechtsausübung sein. Wir haben als Grundlage des Begriffs der Rechtsausübung das Bewusstsein hingestellt. Daraus ergibt sich ohne Weiteres die Richtigkeit der eben aufgestellten Behauptung. Wir müssen aber auf diesen Punkt etwas näher eingehen, weil er zu Unklarheiten insofern Veranlassung geben kann, als auch Willensunfähige ein Recht geniessen zu können scheinen. Namentlich

1) Blümner S. 173 ff.

Unger[1] scheint dies vertreten zu wollen, indem er ausführt: Ausübung eines Rechts sei die tatsächliche Geltendmachung der in dem Recht enthaltenen Befugnisse, somit Realisierung des Inhalts, welcher in dem Rechte liege, Geltendmachung des Rechtsstoffes, welchen ein Recht enthalte. Ferner: Die Ausübung sei etwas faktisches, daher könne auch derjenige, dem ein Recht nicht zustehe, es ausüben, indem er jene Handlungen vornehme, zu welchen das fragliche Recht die Befugnis gebe, jene Herrschaft ausüben, zu welchen das fragliche Recht die Macht einräumt. So übe nach Anm. 2 (S. 613) der Dieb, welcher die gestohlene Sache für sich behalten wolle, faktisch den Inhalt des Eigentumsrechts aus; wer eine Dienstbarkeit an einem Grundstück zu haben glaube, und über das Grundstück gehe, übe den Inhalt der Dienstbarkeit aus, obwohl ihm das Recht selbst nicht zustehe. Diese tatsächliche Ausübung u. s. f. sei eben der Besitz. Die Ausübung setze stets voraus, dass die Handlungen, zu welchen das Recht die Befugnis gebe, mit dem Bewusstsein vorgenommen werden, dass hiermit der Inhalt des fraglichen Rechts ausgeübt werde; fehle es, so könne von einer Ausübung des Rechts keine Rede sein. In solchem Falle (Anm. 3c) würden zwar Handlungen vorgenommen, welche den Inhalt eines Rechts bilden könnten, da sie aber nicht in dieser Absicht vorgenommen würden, so erschienen sie nicht als Ausübung des Rechts. In den ersten Sätzen liegt scheinbar ein Widerspruch. Einmal soll derjenige, dem ein

1) Unger § 861.

Recht nicht zusteht, das Recht ausüben können, indem er Handlungen vornimmt, zu welchen das Recht ihn befugt, andererseits muss nach Unger der Ausübende diese Handlungen mit dem Bewusstsein der Ausübung des fraglichen Rechts vornehmen. — Wir hatten das Bewusstsein der rechtlichen Normierung aufgestellt. Ganz anders scheinbar Unger. Physisch ist natürlich zwischen dem Genusse des Diebes und des Eigentümers einer Sache kein Unterschied. Dem Dieb fehlt aber doch das Bewusstsein der rechtlichen Normierung seines Genusses! Daher ist wohl anzunehmen, dass Unger unter dem Begriff Bewusstsein nur das Bewusstsein versteht, dass der Inhalt des fraglichen Rechts, einerlei ob geschützt, normiert vom Recht oder nicht, ausgeübt werde. Andernfalls liesse sich die Ansicht, der Dieb übe das Eigentumsrecht aus, nicht erklären, denn der Dieb hat den Genuss nicht als Recht, als eigenes Recht, sondern als „möglichen Inhalt des Rechts eines Andern".[1] Kurz gesagt kann daher, wer ein Recht nicht hat, es auch nicht ausüben, da ihm das Bewusstsein in dem von uns festgestellten Sinne fehlt.[2] Zu dem Beispiel Unger's[3] ist Folgendes zu bemerken: Dass derjenige, der in Folge des guten Glaubens, er habe eine Dienstbarkeit an einem Grundstück, über dasselbe geht, in dem Bewusstsein handelt, ihm stehe ein subjektives Recht zur Seite, ist nicht zu bezweifeln. Damit übt er aber nicht das Recht aus, das den Inhalt der Dienstbarkeit bildet

1) cf. Blümner S. 179.
2) Abweichend Wächter § 36[6], Bekker § 22.
3) Unger S. 613 Anm. 2.

Wer aber ein Recht nur zu haben „glaubt“ und „glaubt“ es auszuüben, hat das Recht nicht und übt es auch nicht aus.

Nach der Feststellung, dass zur Rechtsausübung das Bewusstsein, dass der Genuss als Recht ausgeübt werde, erforderlich ist, erledigt sich eigentlich die Frage, ob Willensunfähige ein Recht ausüben können, von selbst. Ihnen fehlt das erforderliche Bewusstsein, folglich können sie rechtlich das Recht auch nicht ausüben.

Thon[1] führt noch Folgendes aus: Auch Kinder und Wahnsinnige sind rechtsfähig; kraft des Rechtes der Persönlichkeit dürfen sie atmen, sich bewegen, empfinden, kraft ihres Eigentums ihre Sachen benutzen, verzehren, zerstören. Sie haben dies „Recht“, d. h. sie dürfen all dies wollen, allein sie können im Rechtssinne nicht wollen, da die Rechtsordnung ihnen die Willensfähigkeit abspricht. Thon schliesst dann daraus, dass Genuss nicht Rechtsausübung sein kann. Dieser Schluss ist nicht haltbar. Der Genuss des Willensunfähigen stellt sich dar als Genuss, dem ein Recht zur Seite steht, nur dass der Geniessende von ihm kein Bewusstsein hat. Er geniesst auch, aber eben wegen des Fehlens des Bewusstseins kann man nicht sagen, dass er sein Recht ausübe. Daher gibt das Gesetz Kindern und Geisteskranken einen gesetzlichen Vertreter. Dieser hat das Bewusstsein und ersetzt so den fehlenden Willen jener, übt das Recht an ihrer Stelle aus. Hieraus ergibt sich, wie ungerecht-

1) Thon S. 294 ff.

fertigt Thon's[1] Schluss ist, und dass es juristisch wohl relevant ist, ob der Reiter beim Reiten schläft oder nicht. Im ersteren Falle ist das Reiten tatsächlich ein blosses Tun, im andern Fall Rechtsausübung.

Die Bedeutung dieser Ausführungen für die Anwendung des § 226 ist hiernach nicht zweifelhaft. Da der Genuss Rechtsausübung ist, kann er auf Grund § 226 verboten werden, wenn er nur den Zweck haben kann, einem Andern zu schaden; ebenso das Zerstören der eigenen Sache, denn auch dies ist, wie gezeigt, Genuss. Eine Konsequenz des Obigen ferner ist, dass Willensunfähige, da sie ein Recht überhaupt nicht ausüben können, es auch nicht zur Chikane ausüben können; § 226 findet daher auf ihre Rechtsausübung niemals Anwendung.

Wir wenden uns, ohne näher darauf einzugehen, was alles Genuss sein kann und was nicht, der vor allem wichtigen Frage zu, ob der Besitz Genuss und daher Rechtsausübung ist. Zweifellos ist der Besitz die am häufigsten vorkommende, wichtigste Form des Genusses aller Lebensbedürfnisse, daher schützt das Recht ihn fast immer, wenn auch nur provisorisch. Ist er geschützt und vom Recht normiert, so ist es nach unseren Ausführungen Rechtsausübung. Doch liegt die Schwierigkeit darin, dass der Schutz nur provisorisch, nicht endgültig ist. Man hat daher versucht zu leugnen, dass Besitz Rechtsausübung ist. So Windscheid, Pand. I § 149 Anm. 5: Der Dieb habe zweifellos juristischen Besitz, aber ohne den

1) Thon S. 295 Anm. 11.

Besitzeswillen als einen rechtlich anerkannten geltend zu machen d. h. ohne Eigentumsberechtigter sein zu wollen. Nach Windscheid kann der Besitz niemals, auch nicht, wenn ihm ein Recht im subjektiven Sinne zur Seite steht, Rechtsausübung sein, weil es Fälle giebt, wo jemand juristischen Besitz ohne ein ihm zur Seite stehendes Recht hat.[1] Dieser Schluss ist nicht folgerichtig, denn er geht von der Ausnahme aus und stellt nach ihr die Regel auf, während das Umgekehrte das Richtige ist. Gerade weil in der Mehrzahl der Fälle dem Besitz ein Recht zur Seite steht, ist er Rechtsausübung. So auch Unger:[2] „Diese fortgesetzte tatsächliche Ausübung des in einem (dinglichen) Rechte liegenden Rechtsstoffs, die der rechtlichen Herrschaft korrespondierende faktische Herrschaft über die Sache ist eben der Besitz". Demnach ist der Besitz nach Unger immer Rechtsausübung, da er es für ausreichend hält, wenn das Bewusstsein, dass der Inhalt des fraglichen Rechts ausgeübt werde, vorhanden ist.

Es ist nicht der Zweck unseres Vorwurfes, uns des Eingehenden damit zu beschäftigen, wie sich die Quellen zu der Frage stellen, ob der Rechtsbesitz Rechtsausübung ist. Sie ist auch deshalb für uns unerheblich, weil das BGB. überhaupt den Rechtsbesitz

1) Wir lassen die Fälle aus dem Spiel, wo jemand, wie Windscheid ausführt, juristischen Besitz ohne Rechtsanmassung oder irrtümliche Rechtsannahme hat, da, wer ein Recht irrtümlich hat, also nur zu haben glaubt, oder es sich anmasst, das Recht nicht hat, es also auch nicht ausüben kann.

2) Unger S. 613 Anm. 2.

nicht kennt. Wir verweisen daher auf die ausführlichen Darstellungen Blümner's.[1]

Ein kurzes Wort noch über die umstrittene Frage, ob Forderungsrechte nur durch gerichtliche Geltendmachung ausgeübt werden können, oder ob es auch andere Arten ihrer Ausübung gibt. Sintenis[2] sieht nur in ersterer Art eine Ausübung des Forderungsrechtes. Die Obligationen seien ihrer Natur nach vorübergehende, auf die Auflösung mittels der Erfüllung d. i. der Leistung des Schuldners, von vornherein berechnete Verhältnisse, diese Leistung sei deren Anerkennung, die Annahme der ersteren aber keine Ausübung des Forderungsrechts, sondern eine dadurch mögliche Tatsache, dass der Schuldner jene gewähre, und man könne nur sagen, dass sie kraft desselben geschehen sei, wenn dieses später in Frage komme. Auch mache es keinen Unterschied, wenn damit die dauernde Detention einer Sache und deren Gebrauch und Nutzung verbunden sei, denn auch diese Möglichkeiten seien nur die Folge der Leistung des Schuldners. In diesen Fällen erlösche dann das Rechtsverhältnis ohne alle Äusserung des rechtlichen Willens als solchen. Die Erfüllung sei demselben zuvorgekommen. Unzutreffend ist, dass bei der Leistung seitens des Schuldners die Obligation ohne alle Äusserung des rechtlichen Willens als solchen erlöschen soll. Wir meinen, dass die Annahme nicht nur eine dadurch mögliche Tatsache, dass der Schuldner die Leistung gewährt sei, sondern eine auf Grund eines Rechts vorgenommene

1) Blümner S. 186—192.
2) Sintenis S. 233.

Handlung. Denn der Gläubiger hat das Recht, vom Schuldner die Leistung zu verlangen und u. E. liegt in der Annahme die Ausübung jenes Rechts; leistet der Schuldner an einen Andern als den berechtigten Gläubiger, so bleibt die Obligation bestehen, § 362 BGB. Die Annahme enthält also wohl eine Äusserung eines rechtlichen Willens als solchen, die Erfüllung kommt demselben auch nicht zuvor, sondern sie geschieht durch die Leistung und diese erfordert Annahme; diese ist Ausübung des Forderungsrechts.

Zum Schluss noch einiges darüber, ob in der Übertragung und Veräusserung von Rechten an einer Sache eine Rechtsausübung liegt oder nicht. Wer beispielsweise eine Sache verkauft, will den durch die Sache gewährten ökonomischen Vorteil nicht für sich verwerten, sondern in Geld umsetzen. Erreicht wird dies scheinbar auf Grund des Eigentumsrechts. Durch den Verkauf wird anscheinend dieses ausgeübt, jedoch nur scheinbar. Wir hatten als Merkmal der Rechtsausübung die Verwi klichung des dem Rechte entsprechenden Zustandes festgestellt. Es kommt also darauf an, welches hier der dem Rechte entsprechende Zustand ist. Jedenfalls ist, wenn jemand seine Sache verkauft und dafür Geld erhält, nicht der Zustand vorhanden, welcher vom objektiven Recht betr. das Eigentum an einer Sache bezweckt ist. Der Inhalt des Eigentumsrechts ist ein ganz anderer, das Veräusserungsrecht ist auch ein subjektives Recht, aber nicht identisch mit dem Inhalt des Eigentumsrechts. Der Inhalt des ersteren ist das Recht, eine eigentümlich gehörige Sache zu veräussern, den Inhalt dieses Rechts

übt man durch den Verkauf, die Übertragung einer Sache aus. Ihren Ursprung finden letztere Rechte darin, dass man grundsätzlich das freie Verfügungsrecht über seine Rechte hat, auf sie verzichten, sie veräussern kann u. s. w. Das sind allgemeine Rechtsgrundsätze. Wir möchten diese letzteren Rechte als die generellen, erstere als die speziellen Rechte im subjektiven Sinne bezeichnen.[1] [2] Fallen nun die generellen Rechte im subjektiven Sinne unter § 226.? Wir glauben nicht, denn sie werden niemals nur den Zweck haben können einem Andern zu schaden; veräussert z. B. jemand sein Grundstück, so kann die Veräusserung niemals nur den Schadenszweck haben, da er sich immer den ökonomischen Vorteil verschafft. Aus dem Wortlaut des Gesetzes ist es allerdings nicht zu entnehmen; dort heisst es nur: „Ausübung eines Rechts", aber es liegt in der Natur der Sache, dass die generellen subjektiven Rechte nicht unter § 226 fallen.

§ 7.

Die Rechtsfolgen aus § 226 BGB.

Über die wichtige Frage, in welcher Weise durch § 226 BGB. Rechtsschutz gewährt wird, haben sich die Schriftsteller merkwürdigerweise nur mit wenigen Worten geäussert, und ihre Ansichten stehen sich teilweise

1) cf. Blümner allgemeine — besondere subj. Rechte.

2) cf. über die Streitfrage, ob Veräusserung u. s. w. eine Rechtsausübung darstellen, Arndts in der Zeitschr. . . . . S. 371 Note 10, Unger S. 613 Anm. 1, Böcking § 128 Note 1, Bekker I § 22.

scharf gegenüber. Nach Crome[1] ist das Chikaneverbot als öffentlich rechtliche Vorschrift vom Richter von Amtswegen zu berücksichtigen. Eine Ansicht, die wir mit nichten teilen. Das Chikaneverbot erzeuge keine blosse Einrede.[2] Die Vorschrift (der § 226) gehe über die Erzeugung einer Einrede dadurch weit hinaus, dass sie ein öffentlich rechtliches Verbot missbräuchticher Rechtsausübung aufstelle, welches vom Richter auch von Amtswegen zu berücksichtigen sei.[3] Die Begründung, weshalb die Vorschrift eine öffentlich rechtliche ist, fehlt. Und sie soll von Amtswegen berücksichtigt werden? Wie kann das der Richter? Hätte er die Chikane von Amtswegen zu berücksichtigen, so wäre die Folge, dass er, ehe er zur Hauptsache verhandeln liesse, zunächst fragen müsste: Klagst Du Kläger nicht etwa aus Chikane, was Kläger natürlich niemals zugeben würde, oder weigerst Du Beklagter Dich aus Chikane, dem Klaganspruch zu genügen, oder: bist Du aus Chikane verklagt? mit welch letzterem dem böswilligen Schuldner ein sehr bequemes Mittel zur Verschleppung in die Hand gegeben wäre, denn behauptet er, er sei aus Chikane verklagt, muss er es beweisen; er weiss von vornherein, dass ihm der Beweis misslingen wird, behauptet aber einstweilen Chikane, tritt auch Beweis dafür an, und, bis der Richter durch etwaige Beweisaufnahmen zu der Ansicht gekommen ist, dass Chikane nicht vorliegt, ist möglicherweise die Forderung (z. B.

1) und 2) Crome I S. 531.
3) Crome S. 107.

in einem Fall des § 196 BGB.) verjährt. Zu noch merkwürdigeren Resultaten würde man kommen, wollte man Cromes Ansicht dahin auslegen, der Richter soll — etwa nach Schluss der Hauptverhandlung, auf welche das Urteil ergehen soll — aus dem gesamten Beweismaterial auf Grund des unseren Prozess beherrschenden Prinzips der freien Beweiswürdigung in eine Prüfung eintreten, ob nicht etwa aus Chikane geklagt sei oder das klagend geltend gemachte Recht zur Chikane ausgeübt werde, oder gar er solle, wenn er zu irgend einer Zeit im Gang des Prozesses die Ansicht von einer chikanösen Rechtsausübung gewinnt, die Klage a limine abweisen! Das kann der Richter garnicht. Woher soll er überhaupt wissen, ob das Recht zur Chikane ausgeübt wird? Man kann von ihm nicht verlangen, dass er von Amtswegen darüber Beweis erhebt. Denn das zu beweisen, ist Sache der Partei. Nur wenn sie im Wege der Einrede vorbringt, das Recht werde aus Chikane geltend gemacht, hat sich der Richter darauf einzulassen. § 226 bezweckt den Schutz privater Interessen,[1] er gibt eine Einrede,[2] ein Gegenrecht, die Leistung, zu der der Schuldner an sich verpflichtet ist, zu verweigern, eben weil das Recht zur Chikane ausgeübt wird, gleichwie

---

1) Dernburg BGB. I S. 110.

2) cf. Blümner S. 198, Goldmann-Lilienthal S. 276: „Ist die Ausübung eines Rechts nach § 226 unzulässig, so steht dem Anderen ein Einwand gegen die Rechtsausübung zu". Auch diese Auffassung halten wir für irrig. § 226 erzeugt keinen Einwand, also Tatsachen, welche das Recht in der Entstehung hindern, sondern wie im Text gezeigt, eine Einrede, im Gegenrecht.

die Verjährung das Gegenrecht der Verweigerung der Leistung gibt, weil der Gläubiger sein Recht nicht zur rechten Zeit geltend gemacht hat, ohne dass in beiden Fällen das Recht selbst irgendwie eingeschränkt oder etwa seine Existenz berührt wird.

Hauptsächlich jedoch wird sich der Rechtsschutz des § 226 im Wege der Klage verwirklichen, wenn chikanöse Rechtsausübung in aussergerichtlichem Handeln in Frage kommt. Der Tatbestand eines Delikts braucht deshalb nicht notwendig gegeben zu sein. Nehmen wir folgenden Fall: X hat eine Wegegerechtigkeit an einem Waldweg, welcher durch den Wildpark eines Gutsnachbarn Y führt. X hat gar kein Interesse daran, diesen Weg — etwa zum Holztransport — zu benutzen, lässt jedoch jeden Tag, gerade wenn er weiss, dass Y auf dem Anstand sitzt, sein Holz, das er bequem auf einem anderen Weg und zu anderer Zeit fortschaffen lassen kann, durch seine Leute auf dem fraglichen Wege befördern und verscheucht dadurch das Wild. Y klagt auf Unterlassung der Transporte in den betreffenden Stunden. Hier wird es keinem Zweifel unterliegen, dass er mit seiner Klage durchdringt. Und hier liegt doch keineswegs der Tatbestand eines Deliktes vor. Wir haben auch nirgend bei den Schriftstellern ersehen können, dass dies erforderlich sei; im Gegenteil ist es nach Crome[1] „eine selbständige Frage, ob durch chikanösen Gebrauch eines Rechts ein Delikt begangen werden kann".

1) Crome I S. 531 Anm. 14.

Die Annahme eines Delikts ist nur dann möglich, wenn eine Schadenszufügung wirklich stattgefunden hat. Ist das der Fall, so sind die weiteren Voraussetzungen des Deliktes gegeben.

Weiter oben wurde festgestellt, dass eine chikanöse Rechtsausübung widerrechtlich ist; dass der Schaden vorsätzlich zugefügt wird, bedarf wohl kaum einer Erörterung. Die Ausübung soll ja nur den Zweck haben können, der Zweck ist also die Schadenszufügung, er ist vorsätzlich d. h. durch wissentliches Handeln unter Überblickung der Folgen, zugefügt.[1] In erster Linie findet daher § 823 Satz 1 Anwendung. Kommt nicht aber auch § 826, wonach derjenige zum Schadensersatz verpflichtet ist, der in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Andern vorsätzlich Schaden zufügt, zur Anwendung? Das Verhältnis von § 226 zu § 826 bedarf einer näheren Aufklärung. Die Schadensersatzpflicht des § 826 besteht auch dann, wenn die Handlung, durch welche in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise Schaden zugefügt wird, in Ausübung eines dem Handelnden zustehenden Rechts vorgenommen wurde.[2] Nun kann aber dieselbe Ausübung nicht gleichzeitig zulässig und unzulässig sein. Man muss daher annehmen, dass eine vorsätzliche Schadenszufügung, wenn sie durch eine in Ausübung eines Rechts vorgenommene Handlung ausgeführt wird, nur dann die Ersatzpflicht begründet, wenn sie nur den Zweck der Schadenszufügung haben konnte, d. h. wenn unter Berücksichtigung aller Um-

1) Blümner S. 198 Anm. 1.
2) Fuld S. 504.

stände ein anderer Zweck als ausgeschlossen erscheinen muss. Daher wird § 826 durch § 226 eingeschränkt. — Als Beispiel diene folgendes: Fast alle Autoren sind der Ansicht, dass das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 27. Mai 1896 nicht alle Fälle des unlauteren Wettbewerbs, sondern nur bestimmte Erscheinungsformen desselben hat treffen wollen, dass daher ergänzend die Vorschriften des BGB. zu berücksichtigen sind. So wäre nach § 826 die Firma A schadensersatzpflichtig, wenn sie Leute aus dem Personal einer konkurrierenden Firma B engagiert, um ihr die Möglichkeit, die Kunden im erforderlichen Maasstabe zu bedienen, zu entziehen. Der Firma A sind hinsichtlich des Engagements ihrer Leute keine Schranken gesetzt, aber falls wie hier das Engagement nur den Zweck hat, der Firma B Schaden zuzufügen (wir verkennen allerdings nicht, dass das blosse Engagement auch einen andern Zweck als den der Schadenszufügung haben kann), so ist die Firma A nach §§ 826, 226 schadensersatzpflichtig. Wäre vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen, eine Verbindung beider §§ auszuschliessen, so wäre die Firma A auch schadensersatzpflichtig, wenn das Engagement zwar gegen die guten Sitten verstösst, nach § 226 dagegen nicht unzulässig ist, [1] doch lehrt die Geschichte des § 826 das Gegenteil. Im Entw. III lautete § 826: Wer durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt, in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem

1) Vgl. über das Beispiel Fuld S. 504.

Andern vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Andern zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Um § 826 mit § 226 in Einklang zu bringen, wurden von der Reichst.-K. die Worte „durch eine Handlung“ bis „vornimmt“ gestrichen. Dies war zur Vermeidung eines offenen Widerspruches zwischen beiden §§ nötig. Man käme demnach zu folgendem Resultat: Dass eine chikanöse Rechtsausübung gegen die guten Sitten verstösst, ist nicht zu bezweifeln. Nach § 826 verpflichtete jede chikanöse Rechtsausübung zu Schadenersatz, nach § 226 nur unter gewissen Umständen. Jede chikanöse Rechtsausübung wäre eine unerlaubte Handlung und verpflichte als solche zum Schadensersatz, wäre also unzulässig; nach § 226 ist aber nicht jede chikanöse Rechtsausübung unzulässig. Daher muss man zu dem Schlusse kommen, dass der Gesetzgeber beabsichtigt hat, die Chikane nur dann als gegen die guten Sitten verstossend zu betrachten, wenn sie nach § 226 unzulässig ist. Rechtlich macht es keinen Unterschied, ob man die Schadensersatzklage auf § 823 oder 826 stützt. Blümner [1] meint, da § 823 völlig genüge, um eine gesetzliche Verpflichtung zum Schadenersatz wegen chikanöser Rechtsausübung zu begründen, so sei es besser, § 826 ganz aus dem Spiele zu lassen und in ihm lediglich eine Handhabe gegen Handlungen zu erblicken, die nicht auf Grund eines besonderen Rechts vorgenommen sind. Für diese Behandlung, die zwar mit der Entwickelungsgeschichte nicht im Einklang stände, spreche, dass

1) Blümner S. 200.

§ 826 offenbar Handlungen treffen wolle, die an sich nicht widerrechtlich seien, schädigende Handlungen, denen nur von der Seite ihres Verstosses gegen die guten Sitten beizukommen sei; für chikanöse Handlungen treffe dies nicht zu. Obwohl wir das Praktische dieses Vorschlages nicht verkennen, meinen wir, dass man sich nicht so ohne Weiteres von § 826 ganz frei machen kann. — Kuhlenbeck [1] will sogar die Schadenersatzpflicht nur auf § 826 stützen, ebenso Hachenburg; [2] vielmehr ist mit Planck [3] die Vorschrift des § 826, soweit sie sich auf Handlungen, die in Ausübung eines Rechts erfolgen, bezieht, so auszulegen, dass sie mit § 226 übereinstimmt, indem man annimmt, § 826 gehe daraus hervor, dass eine in Ausübung eines Rechts vorgenommene Handlung nur im Falle der Unzulässigkeit der Rechtsausübung nach § 226 gegen die guten Sitten verstiesse. Zu diesem Schluss kommt doch auch wohl Blümner, wenn wir ihn richtig verstehen. Er stösst sich nur daran, dass bei dieser Auffassung wegen einer chikanösen Handlung auf Grund von § 823 und § 826 auf Schadensersatz geklagt werden kann und will deshalb § 826 gänzlich eliminieren. Doch das behauptet Planck ja auch nicht, es genügt nach ihm, wenn Kläger sich auf eine von beiden Vorschriften stützt, er hat eben die Wahl.

Einen sonderbaren Standpunkt nimmt Ramdohr [4] ein; nach ihm hat § 826 mit dem Rechtsmissbrauchs-

1) Kuhlenbeck § 226 Anm. 2.

2) Hachenburg S. 70.

3) So Planck S 279 cf. über diese Streitfrage auch Knuth S 62.

4) Ramdohr S. 597.

verbot nichts zu tun, da die Voraussetzung seiner Anwendbarkeit keine Rechtsausübung, sondern freie Willensentschliessung sei. Dass er mit dem Chikaneverbot nichts zu tun hat, insofern als er nicht für die Schadensersatzpflicht in Verbindung mit § 226 in Betracht käme, hat Ramdohr doch selbst nicht behaupten wollen. Dass § 826 keine spezielle Chikanevorschrift ist,[1] wird ebensowenig von irgend jemand bezweifelt, als es niemals behauptet ist.[2]

§ 8.

Schluss.

Wie sich die Anwendung des § 226 in der Praxis gestalten wird, ist schwer vorher zu sagen. Er gilt für die Ausübung aller Rechte. Seine Anwendung wird naturgemäss da am ehesten in Frage kommen, wo die Rechte im subjektiven Sinne dem Tun des Berechtigten den weitesten Spielraum eröffnen, d. h. auf dem Gebiete der dinglichen und da hauptsächlich der Nachbarrechte, wenngleich auch hier, wie wir sehen, durch eine erhebliche Anzahl wichtiger Spezialbestimmungen der Chikane vorgebeugt ist.[3] Auf dem Gebiete des Familien- und Erbrechts hat das Gesetz

---

1) cf. Blümner S. 202, Planck S. 279, Eneccerus S. 320[5] Endemann S. 360[6].

cf. auch Hachenburg S. 70, welcher einen interessanten Fall aus der Praxis des gem. Rechts mitteilt, wo zweiffellos einer Klage aus § 823, 226 stattzugeben gewesen wäre.

cf. auch das Beispiel bei Fuld S. 503.

2) Ramdohr S. 598.

3) Abweichender Ansicht auch Neumann Anm. 6 zu § 826

durch der Chikane vorbeugende Bestimmungen ihr nur wenig Spielraum gelassen, ebenso wie im Obligationenrecht, wo meistens die Rechte der Parteien fest begrenzt sind, trotzdem wird § 226 von dem böswilligen Schuldner leicht missbraucht werden können, andererseits wird der Schuldner leicht bei seinem Gläubiger chikanöse Rechtsausübung annehmen.[1] Sachlich stehen der Vorschrift des § 226, wenn man sie in der von uns unter § 5 D angegebenen Weise auslegt, kaum Bedenken entgegen.[2] „Das Gesetz erklärt sich für unfähig, die Ausübung der einzelnen subjektiven Rechte durchgehends so zu begrenzen, dass ein mit dem berechtigten Interesse Anderer unvereinbarer Missbrauch ausgeschlossen werde, durch eine clausula generalis werde es deshalb in die Hand des Richters gelegt, die in dem einzelnen Falle notwendige Begrenzung zu bestimmen; zweifellos werden dem Richter durch § 226 grosse Machtbefugnisse eingeräumt und ihm zugleich eine „schwere und verantwortungsvolle Aufgabe" auferlegt und es wird daher der grössten Vorsicht seitens des Richters bedürfen, wenn die Vorschrift nicht eher

---

1) cf. Planck S. 279.

cf. Leonhard S. 550: „das Chikaneverbot betrifft jedenfalls nicht das volle Gebiet der unsittlichen und den guten Sitten widerstreitenden Rechtsausübungen, namentlich z. B. nicht hartherzige Schuldbeitreibungen".

Nach Eneccerus S. 320 wird die ganze Vorschrift richtig angewandt für das Recht der Schuldverhältnisse kaum irgendwelche Wirkung haben, wenn man, wie er es für richtig hält, für den Begriff der Forderung ein schutzwürdiges Interesse erfordert.

Ein Beispiel der Anwendung des § 226 im Gebiet des Obligationenrechts gibt Fuld S. 503.

2) Planck I S. 279.

schädlich als nützlich wirken soll".[1] Dass die Vorschrift ein „totgeborenes Gesetz" sein wird,[2] glauben wir nicht, auch nicht, dass sich ihre Tragweite und Gefahren nicht übersehen lassen, sondern wir meinen vielmehr, dass trotz der in ihr für den Richter liegenden Machtbefugnisse eher ein zu sparsamer, als umfangreicher Gebrauch von ihr gemacht werden wird. Wir finden unsere Ansicht darin bestätigt, dass seit dem Inkrafttreten des BGB. unverhältnissmässig wenige Entscheidungen höherer Gerichte auf Grund des § 226 ergangen sind. Folgende Entscheidungen sind bekannt geworden: Durchgegriffen hat § 226 nur in der Entscheidung des OLG. Karlsruhe vom 28. Oktober 1901,[3] sowie in der Entsch. des OLG. Jena v. 28. April 1902[4] uud der Entsch. des Kammergerichts vom 1. September 1900.[5] Geltend gemacht wurde die Chikaneeinrede in der Entsch. des RG. in Ziv.-S. Bd. 48 Nr. 33, aber zurückgewiesen; ebenfalls zurückgewiesen in den Urteilen des OLG. Celle[6] und des OLG. Jena vom 29. April 1901,[7] sowie des Kammergerichts vom 2. Januar 1902.[8] Nach dem Beschluss des Kammergerichts vom 2. Januar 1902 stand zwar dort der Anwendbarkeit des § 226 nichts entgegen, aus tatsächlichen Gründen aber war auf Wiederherstellung

1) Planck S 279.
2) Endemann S. 259 Anm. 2.
3) cf. in der Badeschen Rechtspraxis Bd. 67 N. 24.
4) cf. Warneyer Entsch 3 zu § 226.
5) cf. Warneyer Entsch. 7 zu § 559.
6) Seufferts Archiv Jahrg. 56 Heft 7 N. 147.
7) cf. Rechtspr. der OLG. Jahrg. 1901. 2. Halbj. N. 29 b.
8) cf. Warneyer Entsch. 8 zu § 226. Man siehe dort auch die übrigen auf § 226 bezüglichen Entscheidungen.

des amtsger. Beschlusses zu erkennen.[1] Also nur vier Fälle, wo § 226 durchgriff! Es ist daher der Vermutung Fuld's[2] nur beizustimmen, dass es voraussichtlich längere Zeit dauern werde, bis sich der Richter mit der Eigenartigkeit des Rechtsgedankens, den der Gesetzgeber in die Form eines positiven Gesetzes gekleidet hat, vertraut gemacht habe und ihn so anzuwenden verstehe, dass er in Wirklichkeit zum Regulator zwischen dem Interesse des Einzelnen an der Ausübung seines subjektiven Rechts und den Interessen der Allgemeinheit werde.

1) cf. Rechtspr. der OLG. Jahrg. 1902. 1. Halbj N. 36 a
2) Fuld S. 506.

Druckfehlerverzeichnis.

S. 17 Abs. 2: günstigen statt günsten.
S. 18 Anm. 1: Bauke statt Banke.
S. 29 Abs. 2: Erwägungen statt Errägungen.
S. 38 Abs. 5: Voraussetzungen statt Voraussetzung.
S. 41: entblösst statt entblöst.
S. 53 hinter Abs. 3 ist die Überschrift:
„C. Vorbeugung der Chikane durch eventuelle Begrenzung der Rechte"
zu setzen.
S. 58: § 962 statt § 269.
S. 70: eingeschränkt statt eingeschräekt.
S. 72: chikanöser statt chakanöser.
S. 75 Abs. 2: sein statt mein.
S. 76 oben: in friedliche Ausübung und gerichtliche Geltendmachung statt in friedlicher Ausübung und gerichtlicher Geltendmachung.
S. 83 Abs 2: bediene statt bedient.
S. 88 Abs. 3 Zeile 8: er statt es.
S. 91 Zeile 1 fehlt hinter Handlung: ist.
S. 102 Anm. 3: Badische statt Badesche